



Centro Universitário de Brasília - UniCeub
Faculdade de Ciências Jurídicas e sociais -FAJS

MARI LUIZA FURTADO BOITA LAUDE

A MODULAÇÃO DE EFEITOS NO BRASIL E A SEGURANÇA JURÍDICA

Brasília

2019

MARI LUIZA FURTADO BOITA LAUDE

A MODULAÇÃO DE EFEITOS NO BRASIL E A SEGURANÇA JURÍDICA

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de bacharelado em Direito do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.

Orientador: Professor Me. Victor Minervino Quintiere.

Brasília

MARI LUIZA FURTADO BOITA LAUDE

A MODULAÇÃO DE EFEITOS NO BRASIL E A SEGURANÇA JURÍDICA

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de bacharelado em Direito do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.

Orientador: Professor Me. Victor Minervino Quintiere.

Brasília, 30 de outubro de 2019.

Banca Examinadora

Prof. Orientador: Victor Minervino Quintiere

Prof. Examinador Humberto Fernandes de Moura

Prof. Examinador:

AGRADECIMENTOS

Ao Senhor Jesus, obrigada pelo sopro de vida, por ser o meu primeiro professor, amigo e auxílio indispensável nessa e em todas as etapas da minha vida. Sem Ele, nada disso seria possível.

À minha mãe, Luiza, essa graduação é tão sua quanto minha. Minha eterna gratidão pelo amor incondicional, pelos inúmeros sacrifícios feitos para que eu chegasse até aqui e por sempre acreditar em mim.

Ao meu pai, Rodrigo, meu amor e minha saudade eterna.

Ao meu avô, Moacyr, e à Tia Susana. Sem vocês, eu não teria chegado tão longe. Amo vocês.

À minha família e aos meus amigos, o meu muito obrigada por toda compreensão e apoio.

Aos meus queridos professores, indispensáveis para a minha formação pessoal e profissional, muito obrigada. Em especial aos professores: Altair Stemler da Veiga, Ana Carolina Longo, o saudoso Paulo Thompson Flores, Júlio Lérias, Henrique Haruki Arake Cavalcante e Victor Minervino Quintiere.

RESUMO

O direito constitucional passou por profundas transformações ao longo do tempo, principalmente após a 2ª Guerra Mundial e com isso, aproximou-se novamente dos princípios e valores éticos tornando a Carta Magna um documento de organização do estado, e não apenas uma carta política. À esse fenômeno chamamos de neoconstitucionalismo. Nesse sentido, os princípios alçaram importante papel na constituição e se fortaleceram ainda mais com o advento do estado democrático de direito. Em face ao princípio da segurança jurídica, criou-se o instituto da modulação de efeitos em razão da declaração de inconstitucionalidade de norma, conferindo à norma inconstitucional sobrevida com vistas a resguardar a “segurança jurídica” e o “excepcional interesse social”.

Palavras-chave: Neoconstitucionalismo. Modulação de efeitos. Segurança jurídica. Supremo Tribunal Federal.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	7
1 Neoconstitucionalismo e a separação dos poderes	8
1.1 Neoconstitucionalismo	8
1.2 A separação dos poderes.....	15
2 MODULAÇÃO DOS EFEITOS NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO	25
2.1 Introdução ao controle de constitucionalidade	25
2.2 O controle de constitucionalidade no ordenamento jurídico brasileiro	29
2.3 Modulação de efeitos e a segurança jurídica	37
3 ESTUDO DE CASO À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO STF	46
Considerações finais	56
REFERÊNCIAS.....	59

INTRODUÇÃO

A máxima “*Ubi societas ibi jus*”, ou seja, aonde está a sociedade, aí estará o Direito traduz o anseio de todos as pessoas e por que não dizer, das sociedades. E qual seria a função desse Direito? Tomás de Aquino diria que é a justiça a função primeira do Direito¹.

Na busca por essa justiça, o Direito passou de natural para positivo, como veremos mais adiante, e atualmente, estamos na era do pós-positivismo ou para alguns doutrinadores, o neoconstitucionalismo. Esse modelo de constitucionalismo trouxe além de uma reaproximação do direito à ética e à moral e portanto, o anseio por justiça.

Logo, não basta apenas que a lei seja cumprida conforme está posta, mas que essa lei ao ser aplicada traduza os valores daquela sociedade e em busca dessa estabilidade jurídica, um dos princípios mais privilegiados do constitucionalismo moderno é a segurança jurídica.

O presente estudo tratará em seu capítulo primeiro, acerca do neoconstitucionalismo, com enfoque no status de norma alcançado pelos princípios, que traduzem os valores de uma sociedade, e na teoria da separação de poderes e a forma como essa teoria é aplicada no direito brasileiro, de maneira que confere ao Judiciário menos interferência dos demais poderes ao passo que lhe concede a importante prerrogativa de declarar a inconstitucionalidade de uma norma.

Em seguida, dedicaremos maior atenção ao controle de constitucionalidade no Brasil e em especial, como o controle concentrado assume papel de destaque no nosso ordenamento e em que medida a modulação de efeitos de uma decisão do STF que declara uma norma inconstitucional traz segurança jurídica.

Por fim, será proposta a análise de um estudo de caso em que uma norma foi declarada inconstitucional e tendo sido os efeitos dessa decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal

¹MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. A essência do direito. O conceito de Direito. In: MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **A essência do direito**. São Paulo: Rideel. 2006. p. 17-19.

modulados, ou seja, postergados *pro futuro*, à luz do artigo “Metodologia de Análise de Decisões” de Roberto Freitas.

1 NEOCONSTITUCIONALISMO E A SEPARAÇÃO DOS PODERES

1.1 NEOCONSTITUCIONALISMO

Antes de adentrar no neoconstitucionalismo, faz-se necessária uma breve explicação acerca do surgimento do constitucionalismo.

O constitucionalismo surge em meados do século XX, na era do pós-positivismo e se desenvolve pelas barbáries vistas na 2ª Guerra Mundial.

Ocorre que, o jus-naturalismo já havia sido superado e havia uma crescente tendência à ciência, portanto as explicações dos fenômenos da natureza e as respostas para os problemas da sociedade não mais sustentavam-se por explicações teleológica e filosóficas.

E é nesse ínterim, que surge o positivismo, força oposta ao modelo até então utilizado. Tal escola, embasava-se na ciência e na noção de que o Direito consistia em um conjunto de regras posto em um ordenamento jurídico, conforme lecionava Kelsen.

Vale ressaltar que à época, quem (em) punha as normas era o soberano e portanto, os súditos estariam obrigados a cumprir os seus mandados sob pena de sofrer um dano. Logo, de acordo com Austin, um dos fundadores do direito positivo, tal sistema era fundado e fomentado pela coação².

Portanto, temos que o positivismo, pressupõe um sistema de regras e que este não era fruto da vontade do povo, como temos em uma democracia e sim, da vontade unilateral do soberano, que consubstanciava-se no próprio Estado.

² ROHLING, Marcos. A crítica de Hart à tradição clássica do Direito Natural. **Revista Direito e Práxis**, v. 6, n. 2, p. 80-112, 2015.

E, em nome dessa vontade foram praticadas inúmeras atrocidades durante a 2ª Guerra Mundial que apesar de serem resguardadas pela legislação vigente, eram condutas contrapostas à moral e à própria existência humana.

Destarte todo o ocorrido, em meados do século XX inicia-se a era do pós-positivismo, que visava não apenas o direito posto ou a qualidade técnica do mesmo, mas sobretudo, resgatar valores como a moral, a ética e a filosofia.

Os princípios alçaram *status* de norma, as interpretações da lei passaram a ser realizadas sob uma nova ótica e um dos grandes marcos foi a criação do princípio da dignidade da pessoa humana³, conforme se verá mais adiante.

Pois bem, o neoconstitucionalismo começa então a dar os primeiros passos com a Constituição Alemã (Lei Fundamental de Bonn) promulgada em 1949⁴ e a criação do Tribunal Constitucional Federal em 1951, que não foram apenas grandes contribuições para a Alemanha, mas para a sociedade contemporânea como um todo.

A Constituição Alemã foi a primeira a trazer grandes inovações para o Estado constitucional de Direito, quais sejam:

(i) a importância dada aos princípios e valores como componentes elementares dos sistemas jurídicos constitucionalizados, (ii) a ponderação como método de interpretação/aplicação dos princípios e de resolução dos conflitos entre valores e bens constitucionais, (iii) a compreensão da Constituição como norma que irradia efeitos por todo o ordenamento jurídico, condicionando toda a atividade jurídica e política dos poderes do Estado e até mesmo dos particulares em relações privadas, (iv) o protagonismo dos juízes em relação ao legislador na tarefa de interpretar a Constituição, e (v) a aceitação de alguma conexão entre Direito e Moral⁵.

³ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Bol. Fac. Direito U. Coimbra**, v. 81, p. 233 - 289, 2005.

⁴ DISCURSO PROFERIDO EM 25.5.2009 NA EMBAIXADA DA REPÚBLICA FEDERAL DA ALEMANHA POR OCASIÃO DOS 60 ANOS DA LEI FUNDAMENTAL DE BONN. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaArtigoDiscurso/anexo/discAlemanha.pdf>. Acesso em: 17 mar.2019.

⁵ DISCURSO PROFERIDO EM 25.5.2009 NA EMBAIXADA DA REPÚBLICA FEDERAL DA ALEMANHA POR OCASIÃO DOS 60 ANOS DA LEI FUNDAMENTAL DE BONN. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaArtigoDiscurso/anexo/discAlemanha.pdf>. Acesso em: 17 mar.2019.

Após a promulgação da Constituição da Alemanha, outros Estados seguiram esse modelo neoconstitucional, à exemplo da Itália, Portugal e Espanha.

Todavia, em virtude de ter sido pioneira e ter trazido tantas inovações, dais quais destacamos a consagração da Constituição como Lei Fundamental, ou seja, o texto constitucional passa a ser reconhecido como norma dotada de imperatividade que regerá todo o sistema jurídico ao invés de apenas se limitar a ser uma carta política, a ponderação como integrante das formas de interpretação e o controle constitucional⁶, através da constituição de um Tribunal especializado.

Acerca das principais características do neoconstitucionalismo à luz da doutrina atual, merecem destaque:

(a) Resgate de valores morais e éticos

Conforme mencionado anteriormente, abandonou-se o positivismo por este ter se mostrado um sistema estritamente ligado à racionalidade, mas vazio no tocante à função do direito: materialização do dever ser em busca da justiça.

O pensamento de Kelsen, protagonista do Positivismo Jurídico, era que o Direito e a justiça não se confundiam, como apregoa o senso comum e que o Direito, como uma ordem social não poderia alcançar a justiça, entendida como “a felicidade social”, por ser impossível agradar à todos igualmente⁷.

Em virtude do idealismo político e da ordem social então vigente é que se desenrola a 2ª Guerra Mundial, na qual foram praticadas verdadeiras atrocidades sob o aval da lei e viu-se então que aquele modelo era racional e um avanço em relação àquele outro, teleológico e metafísico (jusnaturalismo), todavia não conferia proteção à quem o direito se dirige e se aplica.

⁶ BARCELOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. **Revista de Direito Administrativo**, v. 240, p. 83-105, 2005.

⁷ KELSEN, Hans. Teoria geral do direito e do Estado. Ed. Martins Fontes, 4. ed., p. 8 e 9, 2005.

Portanto, uma dos grandes marcos do século XX foi a valorização dos seres humanos, resgatando a ética e valores como os direitos fundamentais e mais especificamente, a criação do princípio da dignidade humana.⁸

Um dos documentos primordiais ao resgate de tais valores e reconhecimento destes como sendo inerentes ao homem foi a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão em 1789⁹.

(b) A Constituição assume papel protagonista no sistema jurídico

As Constituições, desde as primeiras a serem criadas, se vestem de um forte viés político e ideológico.

Antes do Constitucionalismo, os cidadãos não tinham a prerrogativa de exigir do Estado o cumprimento de suas obrigações, gerando assim um Estado discricionário e opressor em virtude da ausência de mecanismos de fiscalização.

É nesse ínterim que surgem as revoluções democrático-burguesas no final do século XVIII e estas tiveram como escopo resguardar o cidadão dos poderes dos “Leviatãs” havidos na época.

Portanto, é nesse período que surgem as Constituições não mais como uma carta política e sim, como um mecanismo de proteção das liberdades individuais do sujeito frente ao Estado.

O viés político, todavia, não se perdeu, mas assumiu para si uma nova roupagem: uma carta não apenas externa, mas sobretudo aos cidadãos daquele Estado (interna) para garantir os seus direitos individuais, limitar os poderes do governante, através de mecanismos de controle, e trazendo consigo valores do liberalismo político, conforme ressalta Rodrigo César Rabello Pinho¹⁰.

⁸ BARCELOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. **Revista de Direito Administrativo**, v. 240, p. 83-105, 2005.

⁹ DECLARAÇÃO de Direitos do Homem e do Cidadão. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>. Acesso em: 25 maio 2019.

¹⁰PINHO, Rodrigo César Rebello. **Teoria geral da constituição e direitos fundamentais**.12.ed.. São Paulo: Saraiva, 2012. Disponível em: <http://197.249.65.74:8080/biblioteca/bitstream/123456789/951/1/Teoria%20Geral%20da%20Constituicao%20e%20-%20Rodrigo%20Cesar%20Rebello%20Pinho.pdf>. Acesso em: 17 mar. 2019.

Entretanto, como já mencionado anteriormente, após os acontecimentos havidos na 2ª Guerra Mundial uma drástica mudança ocorreu no modo de pensar o indivíduo como sujeito de direitos, o que impactou diretamente nos valores trazidos pelas constituições.

As constituições dos países europeus, principalmente, passaram a retomar, os primeiros ideais do constitucionalismo¹¹ e foram além, passaram a valorizar mais o sujeito e regulamentar alguns aspectos da vida dos cidadãos, como as relações de trabalho, economia e família¹². Ou seja, antes se tinha o Estado como o centro e hoje, os sujeitos são (deveriam) sê-lo.

Tendo em conta que a organização do Estado e de alguns temas da vida dos particulares passa a encontrar lastro na “nova constituição” axiológica, ou seja, que visa a proteção de valores a direcionarem todo o ordenamento jurídico, ocorrem outras grandes mudanças: a ascensão dos princípios ao status de norma jurídica, a ponderação como técnica de interpretação das normas e em virtude disso, o fortalecimento da argumentação jurídica, bem como um destaque ímpar à atividade jurisdicional.

Em apertada síntese, Luís Roberto Barroso explica o fenômeno do neoconstitucionalismo “a Constituição passa a ser a lente através da qual se lêem e se interpretam todas as normas infraconstitucionais”¹³.

(c) Ascensão dos princípios ao status de norma jurídica

Segundo a teoria clássica da norma jurídica, apenas as regras eram consideradas normas e os princípios não o eram em virtude da ausência de imperatividade, ou seja, da falta de coercibilidade¹⁴.

¹¹A primeira constituição escrita surgiu na Virgínia (EUA) em 1776 em razão das revoluções democráticas-burguesas havidas à época.

¹²SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. **Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea, Rio de Janeiro, Lumen Juris**, p. 113-146, 2009.

¹³BARROSO, Luis Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, v. 232, p. 141-176, 2003.

¹⁴CARVALHO, Ivan Lira de. A interpretação da norma jurídica (constitucional e infraconstitucional). **Portal da Justiça Federal do Rio Grande do Norte**, 1991.

Hans Kelsen defende que o elemento principal (norma primária) da norma é o seu fator sancionador e em segundo plano, contém o elemento descritivo e partindo dessa premissa, um princípio não poderia ser classificado como norma.

Ocorre que, Carlos Cossio foi um dos primeiros a entender a lógica normativa de forma diversa e acabou por fixar a descrição como o elemento angular para uma norma jurídica e tal pensamento foi acompanhado por juristas renomados como Norberto Bobbio¹⁵.

Quanto à função sancionadora da norma, esta por fim se concretiza não no princípio em si, mas na dialética do princípio com o Direito, entendido aqui como um sistema de ordenamento jurídico, ou na atividade jurisdicional ao analisar as peculiaridades do caso concreto.

A lição do professor Glauco Barreira Magalhães Filho ilustra bem esta questão¹⁶:

Estruturalmente, a regra consiste na previsão de um fato específico, bem como de suas respectivas consequências jurídicas, enquanto o princípio enuncia de forma genérica, um valor a ser realizado, na medida do jurídico e faticamente possível (Alexy). Poderíamos resumir dizendo que a regra é normalmente geral quanto às pessoas às quais se dirige, e é definidora de um fato, enquanto o princípio é geral em relação às pessoas e não define fatos.

Cumprе salientar ainda que, as normas quanto à sua aplicação, têm regras hierárquicas e caso haja um conflito entre estas, a mais específica e deverá incidir sobre o caso concreto. Todavia, quanto aos princípios será utilizada nova técnica: a ponderação, tendo em vista que estes subsistem e são valores igualmente tutelados pelo legislador.

d) A amplitude da atividade jurisdicional e o fortalecimento da argumentação jurídica.

Mediante todas as mudanças trazidas pelo neoconstitucionalismo, mister era a adoção de medidas que efetivassem essa nova forma de se pensar as Constituições e os valores que deveriam ser protegidos pelas sociedades modernas e/ou pós-modernas.

¹⁵ MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. A essência do direito. A normatividade dos Princípios Constitucionais Consagradores de Direitos Fundamentais. In: MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **A essência do direito**. São Paulo: Rideel. 2006. p. 51-65.

¹⁶ MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. A essência do direito. O Estado democrático de Direito e os direitos fundamentais da pessoa humana. In: MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **A essência do direito**. São Paulo: Rideel. 2006. p. 45-51.

Uma vez que as Cartas Magnas passaram a ter papel protagonista no ordenamento jurídico, os juízes e não mais, os legisladores, passaram igualmente a desempenhar papel fundamental na orem jurídica.

Tal realidade é evidenciada através da própria norma, que pelo seu forte caráter axiológico, necessita que uma vez havendo conflitos entre estas, haja a ponderação, pois os princípios (valores) não excluem-se entre si, mas há que se analisar o caso concreto e verificar qual princípio deve ser privilegiado naquele momento.

Por conseguinte, a argumentação jurídica alça status essencialíssimo nessa nova fase do Constitucionalismo. Os juízes não seriam mais vistos como “a boca que pronuncia as palavras da lei”, conforme lição de Montesquieu, e sim, verdadeiros operadores do direito que teriam que utilizar técnicas de interpretação e portanto, a argumentação e a fundamentação jurídica são essenciais até mesmo para as partes exercerem a ampla defesa e o contraditório.

Através disso, o ativismo judicial se torna cada vez mais presente na aplicação do Direito. Isto é, os magistrados têm ultrapassado a sua competência para criar o direito, seja pela existência de uma lacuna na norma seja pelo reconhecimento de que não há norma jurídica evidente, ou seja, que não necessite de interpretação¹⁷.

Há, todavia, correntes doutrinárias contrárias à tal atuação do magistrado, pois o juiz ao decidir de acordo com suas convicções pessoais e diante de todo o contexto fático, poderia agir com total discricionariedade, gerando assim insegurança jurídica¹⁸.

Um dos representantes dessa corrente é Coviello¹⁹, que traz à baila a seguinte reflexão:

[...]conceder ao intérprete uma grande liberdade de apreciar, segundo o seu **modo de sentir individual**, as novas exigências dos tempos, a natureza das relações, e – o que é pior – não equivalerá a torná-lo **árbitro da situação**, dando-lhe o poder de **regular** o caso segundo a sua apreciação?
(grifo do Autor)

¹⁷ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

Pois bem, acerca do ativismo judicial e seus meandros, trataremos no capítulo II em que abordaremos a temática da modulação de efeitos de uma decisão proferida pela Suprema Corte Brasileira (STF).

1.2 A SEPARAÇÃO DOS PODERES

A ideia da separação dos poderes surge com Aristóteles em sua obra “A política” e mais tarde, John Locke aborda a teoria com o objetivo de alcançar a governabilidade. O filósofo liberalista defendia a existência de três poderes: Executivo, Legislativo e Federativo.

O Executivo e o Federativo, poder responsável pelas relações externas e promoção de ligas e alianças, estariam imiscuídos e dificilmente poderiam ser desempenhados por pessoas diversas. E, tendo em conta que os demais poderes somente agiriam em virtude da lei, o Legislativo tinha papel fundamental e em sua tese, se consagraria como poder “superior”.²⁰

Por outro lado, Montesquieu em “O Espírito das Leis” também pregava a instituição de três poderes, todavia afirmava que deveria haver uma harmonia entre estes, formando assim um sistema integrado e sem que houvesse um poder “supremo” ou “superior”. Os poderes, nesse caso, seriam o Executivo, Legislativo e Judiciário.

Vale ressaltar que em virtude do liberalismo, buscava-se garantir a liberdade dos indivíduos em face de um poder não absoluto e na prática, isso se traduziria na descentralização do poder e na possibilidade de controlar os demais poderes. Desta feita, não haveria um poder absoluto e tampouco, arbitrário.

O sistema “checks and balances”, ou ainda, “sistema de freios e contrapesos”, ganhou força ao ser incorporado à Constituição Americana em 1787. Os freios referem-se à prerrogativa de controle entre os poderes, já os contrapesos, por sua vez, revelam a harmonia que deve haver

²⁰PEIXINHO, Manoel Messias. O princípio da separação dos poderes, a judicialização da política e direitos fundamentais. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, n. 4, p. 13-44, 2008.

entre estes, em virtude de atuarem conjuntamente em prol da vontade do Estado, i.e no estado democrático de direito, do povo²¹.

É nessa esteira que através da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão²² em 1789, positivou-se a teoria da separação dos poderes e esta alcança status de princípio fundamental para o estado democrático de direito.

A carta em referência, foi enfática ao afirmar em seu artigo 16 que “A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição.”²³

Logo, entende-se que a separação dos poderes consiste na criação de instituições orgânicas que desempenham funções próprias (típicas) e independentes entre si com vistas a garantir a liberdade dos indivíduos em face de um poder não absoluto.²⁴

Para a efetivação desse ideal, além da instituição desses poderes orgânicos faz-se necessária a (i) atribuição de funções típicas a cada um desses poderes e funções atípicas para que alcancem na realidade a independência entre si e por fim, que existam (ii) mecanismos de controle desses poderes com vistas a impedir que atuem de forma discricionária.

Pois bem, vamos à análise desses atributos em relação aos poderes no âmbito brasileiro.

(i) Funções típicas, atípicas e a independência dos poderes.

Conforme mencionado anteriormente, os poderes exercerão funções próprias (típicas) e “impróprias” (atípicas). As últimas, para que haja de fato independência entre estes. Senão vejamos:

²¹CARICAT, Fabiana Baptista Silva; GIUBLIN, Priscila; TORRES, Rafael Lima. A separação dos poderes e a liberdade jurisdicional. **Percorso**, v. 3, n. 26, p. 337-358, 2018.

²² DECLARAÇÃO de Direitos do Homem e do Cidadão. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>. Acesso em: 25 maio 2019.

²³ DECLARAÇÃO de Direitos do Homem e do Cidadão. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>. Acesso em: 25 maio 2019.

²⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2017.

A Magna Carta brasileira privilegia como princípio fundamental a separação dos poderes ao afirmar em seu artigo 2º que “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”²⁵.

O princípio da separação dos poderes alçou na Constituição de 88 em seu artigo 60, § 4º, III o mais alto nível de proteção em termos de legislação constitucional, o de cláusula pétrea. Ou seja, nem mesmo através de emenda constitucional poderá ser abolida a tríade em questão.²⁶

Todavia, de acordo com Manoel Carlos Gonçalves Ferreira Filho, tal separação cunhada por Montesquieu, “não tem o rigor necessário para ser acatada como científica”²⁷. Isto é, os poderes estão sempre imiscuídos e o que ocorre é a predominância no desempenho de um poder sobre o outro. Mas, de forma subsidiária irá desempenhar outras funções, até mesmo para privilegiar a independência entre eles.

(ii) Mecanismos de controle entre os poderes

Tendo em vista que o poder é uno e portanto, indivisível, é necessário que haja um controle desses poderes entre si para que haja uma só vontade daquele Estado.

Entretanto, a separação dos poderes e a sua sistemática se deu de forma diversa em cada país.

Tomemos o exemplo da Inglaterra, que foi a nação que concebeu, por assim dizer, o princípio em análise. Ocorre que mesmo havendo a atribuição e a divisão das parcelas de poder, verifica-se a supremacia do Parlamento sobre as demais instituições. Há, portanto, forte influência dos ensinamentos de Aristóteles.

²⁵ BRASIL. [Constituição Federal (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 25 mai. 2019.

²⁶ BRASIL. [Constituição Federal (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 25 maio 2019

²⁷ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003.

Em contrapartida, na Inglaterra o Rei, o Parlamento e a Suprema Corte adquirem maior destaque em relação aos demais poderes.

Na França, a separação dos poderes tem um viés político e é interpretado como garantia. E, as organizações políticas assumem o protagonismo frente aos demais órgãos e instituições.

Os Estados Unidos, por sua vez, colocaram os três poderes em situação de igualdade e passou a adotar o sistema de freios e contrapesos com escopo de garantir os direitos dos cidadãos.²⁸

Quanto ao sistema adotado pelo Brasil, valiosas são as lições do professor e jurista Diogo de Figueiredo Moreira Neto.

O douto professor afirma que são três as técnicas constitucionais aplicadas à separação dos poderes, quais sejam: a partilha, a delegação e a interferência²⁹.

i) A partilha

A partilha refere-se aos poderes distribuídos constitucionalmente, ou seja, aos poderes típicos. E, de forma subsidiária, os poderes necessários à sua atuação de forma independente.

No tocante ao Legislativo, este tem por função precípua, legislar de acordo com os arts. 48 e seguintes da Constituição Federal. Todavia, o constituinte conferiu a prerrogativa de o próprio Legislativo desempenhar funções administrativas, à exemplo da sua organização e política interna³⁰ e da elaboração de seu regimento interno³¹.

O Executivo, por intermédio, exclusivamente, do Presidente da República, nomear e exonerar Ministros de Estado³².

²⁸ CARICAT, Fabiana Baptista Silva; GIUBLIN, Priscila; TORRES, Rafael Lima. A separação dos poderes e a liberdade jurisdicional. **Percorso**, v. 3, n. 26, p. 337-358, 2018.

²⁹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Interferências entre poderes do estado. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 26, n. 103, p. 5-26, jul/set 1989.

O Judiciário, por sua vez, também contará com o livre desempenho de suas funções administrativas, à exemplo de poder o STF por iniciativa própria propor lei complementar que disponha sobre o Estatuto da Magistratura³³.

Em verdade, a Constituição Federal garantiu aos poderes toda a autonomia necessária para o exercício bom e fiel de suas atribuições.

ii) Interferência

A interferência à que o autor se refere, diz respeito à um controle direto de um poder sobre o outro. Ocorrendo então uma ampliação de um poder em detrimento de outro.

Na teoria clássica de Montesquieu, os poderes deveriam ser harmônicos e independentes entre si, todavia haveria a possibilidade de o Executivo vetar leis, cuja atribuição de criar e editar é do Legislativo.

Em relação à interferência, o jurista Moreira Neto, classifica-a como sendo técnica de controle recíproco entre os poderes. “Por controle, em Direito Político, entende-se tanto o exercício como o resultado de funções específicas que se destinam a realizar a contenção do poder do Estado, seja qual for a sua manifestação, dentro do quadro constitucional que lhe for adscrito”.³⁴

As modalidades de controle são:

1. Controle de cooperação

É um controle imposto pela lei, no qual um poder necessariamente haverá de intervir nas atribuições típicas de outro com escopo de garantir a legalidade e a legitimidade do resultado final.

À exemplo da faculdade atribuída ao Presidente da República, como chefe do Executivo, de sancionar, promulgar, fazer publicar leis e decretos e inclusive, de vetar total ou parcialmente projetos de lei. Para além de remeter mensagem e plano de governo ao Congresso

³⁴MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Interferências entre poderes do estado. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 26, n. 103, p. 5-26, jul/set 1989.

Nacional por ocasião da abertura de sessão legislativa, expondo a situação do País e solicitando as providências que julgar necessária³⁵.

Em se tratando de intervenção do Executivo no Judiciário, destaca-se que após a formação, pelo tribunal, de lista tríplice para ocupar um quinto dos lugares nos tribunais de justiça federal e comum, caberá ao Executivo escolher um dos integrantes da lista para nomeação³⁶.

Todas estas, são intervenções do Executivo em matérias de competência do Legislativo e Judiciário.

Em contrapartida, algumas atribuições conferidas ao Legislativo, por intermédio do Congresso Nacional, acabam por interferir nas funções típicas do Executivo, como: dispor sobre o orçamento tributário, limites do território nacional, espaço aéreo e marítimo e bens do domínio da União e etc.

A concessão de anistia, por sua vez, é um exemplo claro de interferência do Legislativo nas funções do Executivo ou Judiciário, a depender da condenação do Réu.

1.2 Controle de fiscalização

Segundo Moreira Neto:

Pela fiscalização, o Poder interferente, o que desenvolve essa função atípica, tem a atribuição constitucional de acompanhar e de formar conhecimento da prática funcional do Poder interferido, com a finalidade de verificar a ocorrência de ilegalidade ou ilegitimidade em sua atuação.³⁷

O Poder Legislativo compete a verificação da ocorrência de ilegitimidade, enquanto que compete ao Judiciário verificar se houve ou não, ilegalidade.

Todavia, em virtude do disposto na própria Constituição de 88, ao Poder Legislativo caberá o papel de destaque no exercício do controle de fiscalização, senão vejamos.

³⁵As atribuições ora, citadas encontram disposição no art. 84 e incisos da Constituição Federal de 1988.

³⁶BRASIL. [Constituição Federal (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 25 maio 2019

³⁷MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Interferências entre poderes do estado. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 26, n. 103, p. 5-26, jul/set 1989.

É atribuição do Congresso Nacional julgar anualmente as contas apresentadas pelo Presidente da República e apreciar os relatórios sobre a execução dos planos de governo; fiscalizar e controlar diretamente, ou por qualquer de suas Casas, atos do Poder Executivo incluídos os da administração indireta; dispor sobre o plano plurianual, diretrizes orçamentárias, orçamento anual, operações de crédito, dívida pública e a instauração de inquérito parlamentar, com poderes de investigação próprios judiciais para tanto.

Outro ponto que merece destaque é a fiscalização contábil, financeira e orçamentária que o Congresso Nacional vai exercer sobre os demais poderes, mediante a apreciação de contas do Presidente da República, as contas dos administradores de quaisquer empresas em que o poder público tenha investido capital ou se tratando da gerência de quaisquer bens da União, fiscalizar recursos repassados pela União mediante convênio, acordo ou ajuste e em caso de ilegalidade de despesas ou irregularidade de contas, podendo ainda responsabilizar os responsáveis.

1.3 Controle de consentimento

Essa modalidade de controle consiste em mediante o consentimento um Poder irá conferir eficácia e/ou exequibilidade à determinados atos correspondentes às funções típicas de outro Poder.

Novamente, destacou-se a atuação de controle do Legislativo em detrimento dos demais Poderes, como podemos observar nas atribuições do Congresso Nacional dispostas no art. 49 e seguintes da Constituição.

Ao Congresso compete resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional; autorizar o Presidente da República a declarar guerra, a celebrar a paz, a permitir que forças estrangeiras transitem pelo território nacional ou nele permaneçam temporariamente, ressalvados os casos previstos em lei complementar; autorizar o Presidente e o Vice-Presidente da República a se ausentarem do País, quando a ausência exceder a quinze dias; aprovar o estado de defesa e a intervenção federal, autorizar o estado de sítio, ou suspender qualquer uma dessas medidas.

Para além disso, escolher dois terços dos membros do Tribunal de Contas da União; aprovar iniciativas do Poder Executivo referentes a atividades nucleares; autorizar referendo e convocar plebiscito; autorizar, em terras indígenas, a exploração e o aproveitamento de recursos hídricos e a pesquisa e lavra de riquezas minerais; aprovar, previamente, a alienação ou concessão de terras públicas com área superior a dois mil e quinhentos hectares.

Cumprе ressaltar que, os poderes de controle são, via de regra, expressos na Constituição. Mas, o constituinte previu que o poder de consentimento poderá alcançar uma amplitude maior mediante regulamentação em lei complementar³⁸.

1.4 Controle de correção

É a prerrogativa mais agressiva de todas, pois irá conceder a faculdade de um Poder revogar ou sustar atos de outro Poder, caso tais atos estejam eivados de ilegitimidade ou ilegalidade.

Ao Judiciário foi conferida a atribuição de correção da legalidade e ao Legislativo, a correção no tocante à legitimidade. Todavia, em casos excepcionais a Constituição autoriza o Legislativo à realizar a correção também no tocante à legalidade.

Alguns exemplos do controle de correção são: sustação de atos administrativos do Tribunal de Contas, sustação de contratos firmados pelo Congresso Nacional, instauração de processo contra o Presidente da República, o Vice-Presidente e os Ministros de Estado e o processamento e julgamento dos Ministros do STF, o Procurador-Geral da República e o Advogado-Geral da União nos crimes de responsabilidade.

Quanto ao Poder Executivo e o controle de correção, Moreira Neto afirma que:

Quanto ao Poder Executivo, não tem expresso nenhum poder de correção sobre atos dos demais, embora disponha de dois instrumentos jurídicos de grande expressão: a provocação do Supremo Tribunal Federal em ação de inconstitucionalidade e a competência, que lhe tem sido reconhecida, para desaplicar lei manifestamente inconstitucional.³⁹

³⁸MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Interferências entre poderes do estado. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 26, n. 103, p. 5-26, jul/set 1989.

³⁹MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Interferências entre poderes do estado. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 26, n. 103, p. 14-15, jul/set 1989.

O autor afirma que o Executivo não teria poder de correção em relação aos demais poderes, todavia a autora Fabiana Caricat em “A separação dos poderes e a liberdade jurisdicional” traz à baila posição contrária à de Moreira Neto.

Discordando da posição do mencionado autor, a possibilidade de veto do Presidente da República à projeto de lei, pode ser entendida como uma forma de controle por correção por meio do Executivo. E, neste sentido, corrobora Maurílio Maldonado. (MALDONADO, 2007, p. 19).

A concessão de indulto e a comutação de penas pode ser vista como controle de correção do Executivo ao Poder Judiciário.⁴⁰

Conclui o Autor que os instrumentos de controle acabam por ampliar à atuação de alguns Poderes em detrimento dos demais, ocasionando, portanto, uma indefinição de poderes. Ou melhor, de suas reais atribuições/funções.

Desse modo, acaba sendo gerada uma insegurança jurídica provocada pela própria Constituição, que deveria ser à prima facie instrumento de ordem. Acerca dos pontos de fricção, Moreira Neto leciona que:

A identificação e a eliminação ou, pelo menos, a redução dos ponto de fricção é, portanto, tarefa primacial, pois diz respeito à própria sustentação da ordem constitucional. Como são dois os tipos básicos de fricção, embora possam apresentar-se combinados, abrem-se também duas abordagens distintas para enfrentá-los: a política, através do debate congressual e da emenda, e a juspolítica, através dos meios congressuais, mas, também, através dos debates profissionais dos juristas, do concurso dos jurisconsultos e, sobretudo, da elevação dos casos concretos ao Poder Judiciário.⁴¹

Por fim, passemos à análise de como a teoria da separação dos poderes é aplicada no Brasil atualmente.

Após passarmos por 15 anos de ditadura no Brasil, a populaçãourgia por um rompimento com o antigo regime e para tanto, fazia-se necessário instituir uma nova ordem política, social e jurídica.

⁴⁰CARICAT, Fabiana Baptista Silva; GIUBLIN, Priscila; TORRES, Rafael Lima. A separação dos poderes e a liberdade jurisdicional. **Percorso**, v. 3, n. 26, p. 344, 2018.

⁴¹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Interferências entre poderes do estado. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 26, n. 103, p. 22, jul/set 1989.

Promulgou-se então a Constituição Federal de 1988, revelando o interesse da população de ter para si um Estado democrático de direito. E, logo em seu preâmbulo ficam claros seus objetivos e ideais.

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.⁴²

Como no antigo regime, legislou-se pelo Executivo, por intermédio dos Atos Institucionais e Atos Complementares⁴³, após esse período a sociedade brasileira desacreditou do Executivo e imaginou-se alcançar um Estado democrático de Direito através do Legislativo.

Vislumbrou-se, portanto, uma esperança de mudança no Legislativo. Todavia, em uma democracia e especialmente, em uma democracia como a nossa em que há uma pluralidade imensa de partidos políticos, ou seja, de ideais e interesses diversos, percebe-se uma dificuldade em aprovar os projetos de leis que atendam à essas grupos diversos, seja por conta de atingir o quórum para aprovação, seja por não se encaixar na agenda política dos representantes do povo⁴⁴.

Esse destaque dado ao Legislativo, pode ser percebido através de todos os poderes de controle já vistos anteriormente e em todo o texto Constitucional.

Diante do clamor da sociedade por justiça social e pelo anseio de serem concretizados os direitos fundamentais, o poder Judiciário passou a ser o legitimado a resolver questões de interesse público e privado.

⁴²BRASIL. [Constituição Federal (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 25 maio 2019.

⁴³BECHARA, Gabriela Natacha; RODRIGUES, Horácio Wanderlei. Ditadura militar, atos institucionais e Poder Judiciário. **Revista Justiça do Direito**, v. 29, n. 3, p. 587-605, 2015.

⁴⁴CARICAT, Fabiana Baptista Silva; GIUBLIN, Priscila; TORRES, Rafael Lima. A SEPARAÇÃO DOS PODERES E A LIBERDADE JURISDICIONAL. **Percurso**, v. 3, n. 26, p. 337-358, 2018.

Imperioso destacar que o modelo de constitucionalismo adotado no Brasil, prevê não somente um guarda da Constituição (STF), mas também permite que este de fato realize o controle constitucional das normas editadas pelo legislativo.

Quanto ao controle constitucional havido no Brasil, detalharemos no próximo capítulo.

2 MODULAÇÃO DOS EFEITOS NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

2.1 INTRODUÇÃO AO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

A teoria da norma jurídica de Kelsen traz como pressuposto da norma jurídica a sanção, pois a ausência desta torna a norma ineficaz.

O ordenamento jurídico é um sistema e como todo sistema, a ordem e a unidade são seus princípios mais basilares. E, caso haja alguma interferência na harmonia desse sistema, imediatamente deverá ser lançada mão de ferramentas hábeis à restaurar essa ordem⁴⁵.

A interferência na “ordem” do sistema constitucional se dá através de uma norma, um ato ou uma decisão que ferem os princípios e lógica constitucionais e é nesse contexto que se dará o controle de constitucionalidade.

Acerca da inconstitucionalidade da norma, o ministro Luís Roberto Barroso leciona: “A declaração de inconstitucionalidade consiste no reconhecimento de invalidade de uma norma e tem por fim paralisar a sua eficácia”.⁴⁶

Esse controle se faz necessário, pois conforme ensina Kelsen, a Constituição é norma fundamental e portanto, irá reger e nortear o sistema jurídico como um todo.

⁴⁵BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2017. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502629271>. Acesso em: 28 maio 2019.

⁴⁶BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2017. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502629271>. Acesso em: 28 maio 2019.

Em face dessa posição de destaque assumida pela Constituição, duas premissas permeiam o controle de constitucionalidade: a supremacia e a rigidez constitucional.

A supremacia diz respeito ao status de norma fundamental que a Constituição possui e, portanto é hierarquicamente superior às demais normas. Conclui-se, portanto, que nenhuma norma, lei ou até mesmo decisão pode se sobrepor às normas constitucionais.

Um dos exemplos da subserviência das demais normas, é no processo legislativo, quando na aprovação de um projeto de lei, deve se observar, à *prima facie*, se essa norma não está conflitando com o disposto na Carta Magna.

A rigidez constitucional, por sua vez, versa sobre o processo legislativo para aprovar normas constitucionais. Esse processo é mais complexo e rígido se comparado com o processo para aprovar leis infraconstitucionais.

Luís Roberto Barroso ressalta que um outro pressuposto do controle de constitucionalidade diz respeito à proteção dos direitos fundamentais e em especial, "os das minorias em face das majorias parlamentares eventuais"⁴⁷, privilegiando assim o princípio democrático.

Conforme mencionado anteriormente, o controle de constitucionalidade será exercido sobre quaisquer atos dos poderes, sejam atos administrativos, projetos de lei ou até mesmo decisões judiciais. Em tempo, cumpre lembrar, que o Judiciário é o que menos sofre interferência dos demais poderes, mas é justamente através desse poder, por intermédio do STF, que será realizado o controle de constitucionalidade e portanto, proferindo decisões aptas a afetar toda a sociedade.

A teoria do Judicial Review foi criada por Hamilton em “O Federalista n. 78” (1788), todavia foi apenas em 1803 que a teoria foi aplicada pela Suprema Corte americana em *Marbury v. Madison*. O case foi um marco para o direito constitucional moderno e seu impacto atravessou as fronteiras dos EUA e tomou proporções universais.

⁴⁷ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2017. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502629271>. Acesso em: 28 maio 2019.

No caso em apreço, o *Chief of Justice* proferiu decisão que reconheceu a supremacia da Constituição em face das leis infraconstitucionais e a competência da Suprema Corte para processar e julgar casos em que fosse proferida determinação e/ou ato administrativo e decisão judicial com base em leis ou preceitos contrários ao disposto na Constituição.

Em seu livro “O controle da constitucionalidade no direito brasileiro”, o professor e jurista Luís Roberto Barroso, explica que o momento político da época influenciou e muito a decisão de Madison, vez que havia uma “guerra velada” entre o ex e o atual presidente para controlar o Legislativo⁴⁸.

E a resposta do Judiciário foi a de impor um freio ao Legislativo, o de não ultrapassar as suas atribuições deferidas constitucionalmente e que ainda que fosse sua a competência de confecção das leis, a competência de interpretá-las seria de exclusividade do Judiciário.

A inconstitucionalidade é um vício que compromete a validade da norma, ou seja, a norma continua existindo no plano jurídico, mas é inválida (logo, não preenche os atributos ou requisitos determinados em lei para serem atos perfeitos). E, uma vez inválida, não deve ser aplicada e portanto, comprometida a sua eficácia⁴⁹.

Isto posto, a invalidade da norma e a sua deficiência quanto à eficácia não devem ser confundida com a sua revogação. Para tanto, o próprio órgão que editou aquela norma, deverá editá-la ou retirá-la do ordenamento jurídico, revogando-a.

Via de regra, a declaração de inconstitucionalidade é de competência judicial e tem efeitos retroativos. Essa premissa se baseia na teoria da nulidade, em que a decisão que reconhece a nulidade tem caráter declaratório e não constitutivo, produzindo efeitos retroativos e as relações jurídicas constituídas com base no dispositivo devem retornar ao *status quo ante*.

⁴⁸ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014

⁴⁹ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

A teoria da nulidade é aplicada em todos os países em que há controle judicial de constitucionalidade, com exceção da Áustria. Isso se deu em virtude das teorias de Kelsen, o precursor do controle de constitucionalidade, que se iniciou em 1920 e fortaleceu-se em 1929 com a reforma constitucional alemã.

Acerca do tema, Luís Roberto Barroso explana que:

Para Kelsen, o controle de constitucionalidade não seria propriamente uma atividade judicial, mas uma função constitucional, que melhor se caracterizaria como atividade legislativa negativa. Idealizador do controle concentrado em um tribunal constitucional, considerava que a lei inconstitucional era válida até que em uma decisão da corte viesse a pronunciar sua inconstitucionalidade⁵⁰.

Portanto, para Kelsen a norma jurídica inconstitucional seria anulável e não nula, a contrário da tese defendida na corte americana. A posição de Kelsen tinha como objetivo “evitar um governo de juízes” e “procurava submeter a jurisdição à legislação e à primazia do Parlamento”.⁵¹

Isto posto, o jurista austríaco afirmava que era imprescindível a criação de um órgão de controle para garantir que as normas inconstitucionais não se mantivessem inseridas no mundo jurídico, sob pena de incorrer em uma constituição sem vinculação obrigatória. Para tanto, fazia-se necessária a criação de um tribunal constitucional⁵².

A doutrina de Kelsen, portanto traz uma mitigação à teoria da nulidade e apenas em casos excepcionais será aplicada no Brasil. O STF passou a adotar a teoria de Kelsen mais comumente em 1999 com o advento da Lei 9.868/99, ao dispor em seu artigo 27⁵³ que em atendimento aos princípios da segurança jurídica e de excepcional interesse social, a declaração de nulidade alcança apenas efeitos pro futuro, conforme estudaremos mais adiante.

⁵⁰ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

⁵¹ MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553610945/cfi/1173!/4/4@0.00:17.9>. Acesso em: 22 jul. 2019.

⁵² MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553610945/cfi/1173!/4/4@0.00:17.9>. Acesso em: 22 jul. 2019.

⁵³ BRASIL. Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm. Acesso em: 10 jul. 2019.

2.2 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A partir da Constituição Imperial de 1824, o “Brasil Império” começou a se organizar como estado e conferiu ao Legislativo a atribuição de guarda da constituição. Atualmente, essa responsabilidade compete ao Supremo Tribunal Federal, conforme dispõe o art. 102, caput da CF de 88.

Sobre o controle de constitucionalidade havido na época, o autor Bruno Z. Vainer afirma “O controle, portanto, não era jurisdicional, mas exercido pela Assembleia Geral e, por que não afirmar, pelo Imperador, o qual por meio do Poder Moderador era figura central na organização dos Poderes do Império.”⁵⁴

Divergindo da doutrina de Vainer, Luís Roberto Barroso afirma que apenas com a instauração da República e o advento da Constituição de 1891, é que o controle judicial de constitucionalidade passa a existir no Brasil⁵⁵. O modelo adotado foi inspirado no modelo americano, e reforçado com as doutrinas de Rui Barbosa.

Importante papel teve o Decreto 848 de 11/10/1890, que estabelecia que a magistratura federal só poderia intervir em espécie e por provocação, ou seja, somente em casos concretos e se as partes requisitassem tal intervenção. Portanto, o controle judicial passou a estar à disposição de qualquer indivíduo, adotando então o modelo difuso de constitucionalidade, conhecido também por controle por via da exceção.⁵⁶

Analisando a Constituição de 1891 e seu sistema difuso, Bruno Z. Vainer afirma que:

[...] verifica-se que o constituinte instituiu o controle judicial sobre os atos normativos de âmbito federal e estadual, bem como determinou que o controle teria lugar tanto no âmbito federal (art. 59, *b*), como também no âmbito estadual, ao prever que os tribunais dos Estados poderiam decidir contra a validade ou aplicação de tratados e leis federais em face da Constituição Federal. O Supremo Tribunal Federal começava a possuir a competência que se transformaria na sua razão de ser com o desenvolvimento

⁵⁴ VAINER, Bruno Zilberman. Breve histórico acerca das constituições do Brasil e do controle de constitucionalidade brasileiro. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, v. 16, n. 1, p. 161-191, 2010.

⁵⁵ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

⁵⁶ VAINER, Bruno Zilberman. Breve histórico acerca das constituições do Brasil e do controle de constitucionalidade brasileiro. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, v. 16, n. 1, p. 161-191, 2010.

do controle concentrado de constitucionalidade no Brasil – a guarda da Constituição.

Confirmando o recém-criado controle pela via judicial, a Lei 221 de 20 de novembro de 1984 veio apenas reforçar que o modelo adotado no Brasil havia sido o incidental e difuso, ao explicitar em seu art. 13, §10, “os juízes e tribunais apreciarão a validade das leis e regulamentos e deixarão de aplicar aos casos ocorrentes as leis manifestamente incompatíveis com as leis ou com a Constituição”.⁵⁷

Em 1934, com o advento de uma nova Constituição temos “profundas e significativas” quanto ao controle, sendo uma delas a determinação de que a declaração de inconstitucionalidade somente poderia ser pronunciada pela maioria absoluta do Tribunal. Com a adoção dessa medida, buscava-se evitar a existência de uma jurisprudência flutuante, e por conseguinte a insegurança jurídica.⁵⁸

Vale ressaltar que a Carta de 34 conferiu ao Senado Federal a competência de suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer ato ou decisão declarado inconstitucional pelo Poder Judiciário e portanto, “emprestando efeito erga omnes à decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal”⁵⁹.

Por toda a trajetória do controle de constitucionalidade brasileiro, é possível perceber a influência francesa e americana, todavia optou-se por adotar também uma outra espécie de controle: o concentrado.

Inspirado no modelo do austríaco Hans Kelsen, a Constituição Federal de 34 conferiu ao STF a prerrogativa de analisar a constitucionalidade de lei que autorizasse a intervenção federal, caso esta lei estivesse fundada em descumprimento de certos princípios constitucionais, os chamados princípios sensíveis.⁶⁰

⁵⁷ BRASIL. Lei 221, de 20 de novembro de 1984. **Completa a organização da Justiça Federal da República**. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1824-1899/lei-221-20-novembro-1894-540367-publicacaooriginal-40560-pl.html>. Acesso em: 10 ago. 2019.

⁵⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

⁵⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2014

⁶⁰ VAINER, Bruno Zilberman. Breve histórico acerca das constituições do Brasil e do controle de constitucionalidade brasileiro. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, v. 16, n. 1, p. 161-191, 2010.

Tal mudança significava a existência de uma ação cujo objeto era discutir sobre a constitucionalidade ou não de lei que permitia a intervenção federal e a competência para processar e julgar tal processo era de um único órgão: o Supremo Tribunal Federal. Portanto, passou a integrar no controle de constitucionalidade brasileiro um método concentrado e abstrato, pois um único órgão teria competência para processar e julgar a ação e a lei objeto do processo existia em tese, vez que somente seria promulgada caso fosse declarada constitucional.⁶¹

Importante destacar que o constituinte de 34 conferiu ao Senado Federal uma importante tarefa, o poder de “suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário”.⁶²

Todavia, os progressos feitos até então em termos de controle não subsistiram com a Constituição de 1937. Ocorre que, a constituição “polaca” sofreu fortes influências comunistas e fascistas, e conferiu ao Presidente da República, à época Getúlio Vargas, amplos poderes e esta figura muito se assemelhava ao Imperador de 1824, “inviolável e sagrado”.

De acordo com o art. 73 da Magna Carta, o Presidente tinha as seguintes prerrogativas: O Presidente da República, autoridade suprema do Estado, coordena a atividade dos órgãos representativos de grau superior, dirige a política interna e externa, promove ou orienta a política legislativa de interesse nacional e superintende a administração do país⁶³.

Constata-se, portanto, que este poderia ter ingerência sobre todos os outros poderes, ferindo frontalmente o princípio da separação dos poderes e afetando toda a ordem jurídica e nacional vigente.

No tocante ao controle, a CF em seu art. 96, p. único, determinou o seguinte:

⁶¹ VAINER, Bruno Zilberman. Breve histórico acerca das constituições do Brasil e do controle de constitucionalidade brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, v. 16, n. 1, p. 161-191, 2010.

⁶² BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em: 10 ago. 2019.

⁶³ BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm. Acesso em: 10 ago. 2019.

No caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento: se este a confirmar por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal⁶⁴.

Ou seja, a decisão do Tribunal poderia ser acatada ou não, a depender do juízo do Presidente da República e do Parlamento (cumpre destacar que o Senado havia sido extinto e portanto, apenas a Câmara poderia deliberar sobre quaisquer assuntos referentes ao Legislativo).

Sobre o tema, Bruno Zilberman Veiner afirma:

Tal dispositivo revelava verdadeiro absurdo, atacando frontalmente a tripartição dos Poderes e acarretando um grande retrocesso para o controle de constitucionalidade. Ademais, dirige-se na contramão do desenvolvimento do controle de constitucionalidade no Brasil, que passou, a partir da Constituição de 1891 a ser realizado pelo Poder Judiciário, podendo ser agora submetido à apreciação dos Poderes Executivo e Legislativo.

Outra limitação ao Poder Judiciário encontrava-se presente no artigo 170 desta Carta, que afirmava que “durante o estado de emergência ou de guerra, os atos praticados em virtude deles não poderão conhecer de juízes ou tribunais” e ainda retirou da apreciação do Poder Judiciário importantes assuntos, como, por exemplo, as questões exclusivamente políticas (art. 94), bem como a apreciação dos atos do Presidente da República, ministros de Estado, Governadores e Interventores⁶⁵.

Após a Segunda Guerra mundial e vencidas as eleições, Dutra é eleito o novo presidente do Brasil e convocou uma nova assembleia constituinte. Nesse contexto de retomada dos valores humanos e éticos, como tratamos no capítulo 1, e abandonadas as ideias fascistas e comunistas é promulgada a Constituição de 1946.

No tocante ao controle, preservou-se o quórum (maioria absoluta) para declaração de inconstitucionalidade e a atribuição de Senado de suspender a execução de lei declarada inconstitucional.

A retomada da atribuição da titularidade da ação direta de inconstitucionalidade ao Procurador-Geral da República (inovação que fora introduzida na Carta de 34), que à época,

⁶⁴ BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm. Acesso em: 10 ago. 2019.

⁶⁵ VAINER, Bruno Zilberman. Breve histórico acerca das constituições do Brasil e do controle de constitucionalidade brasileiro. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, v. 16, n. 1, p. 161-191, 2010.

cumulava a função de chefe do Ministério Público Federal foi o tema mais controverso em relação ao controle.

Ocorre que, a Constituição de 46 ao tratar do assunto, determinava que seria encaminhado ao Procurador-Geral da República o pleito de inconstitucionalidade e este, tinha a função de “representação”. Ou seja, questionava-se muito se poderia o Procurador-Geral fazer um juízo perfunctório da constitucionalidade da lei ou ato normativo ou se seria uma obrigação deste interpor a ação direta de inconstitucionalidade ainda que apresentando parecer contrário do Ministério Público Federal⁶⁶.

Não se pode olvidar que o Procurador-Geral da República era indicado pelo Presidente da República e portanto, era questionado se este agiria contra os interesses do governo, ainda que dentro das suas prerrogativas constitucionais⁶⁷.

Neste passo, a Emenda Constitucional n. 16 de 1965 consagrou de maneira definitiva a instituição do controle concentrado no direito brasileiro, sendo o Brasil um dos únicos países a ter um modelo de controle misto (difuso e concentrado).

A representação de inconstitucionalidade de lei e agora, ato normativo, passa a ter como objeto lei federal ou estadual e, não mais trazia como requisito versar sobre intervenção federal. Em suma, todas as leis poderiam passar pelo crivo da constitucionalidade⁶⁸.

Em relação à lei estadual, o legislador determinou que a lei poderia estabelecer processo, de competência originária do Tribunal de Justiça, para declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato de Município, em conflito com a Constituição do Estado. Mais uma vez, privilegiou-se a guarda da constituição e a uniformidade no ordenamento jurídico.

⁶⁶ VAINER, Bruno Zilberman. Breve histórico acerca das constituições do Brasil e do controle de constitucionalidade brasileiro. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, v. 16, n. 1, p. 161-191, 2010.

⁶⁷ VAINER, Bruno Zilberman. Breve histórico acerca das constituições do Brasil e do controle de constitucionalidade brasileiro. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, v. 16, n. 1, p. 161-191, 2010.

⁶⁸ VAINER, Bruno Zilberman. Breve histórico acerca das constituições do Brasil e do controle de constitucionalidade brasileiro. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, v. 16, n. 1, p. 161-191, 2010.

Entretanto, passados alguns anos e tendo ocorrido um golpe de estado por parte dos militares, foram editados 17 atos institucionais para melhor atender à sua agenda e interesses políticos. Ou seja, o governo ditatorial passou a “legitimar-se” pela letra da lei.

Nesse sentido, foi promulgada a Carta Magna de 1967 que em relação ao controle, ampliou os poderes da declaração de inconstitucionalidade em relação à intervenção federal e garantiu não só observância aos princípios sensíveis, como também à execução de lei federal. Para além disso, ao Presidente da República foi transferido o poder de suspender o ato ou lei que fosse declarado inconstitucional pelo Supremo.⁶⁹

Outro ponto que merece destaque, é a discussão quanto à prerrogativa de o Procurador-Geral fazer ou não uma análise prévia acerca da constitucionalidade de lei ou ato normativo para apresentar ou não a representação ao STF. Isso porque em 1970 o MDB solicitou ao Procurador-Geral a interposição de ação direta de inconstitucionalidade contra o decreto-lei que declarava como legítima a censura prévia de livros, jornais e periódicos e o Procurador-Geral afirmou que não estava constitucionalmente obrigado à representação.⁷⁰

Entretanto, o regimento interno do STF tentou solucionar o imbróglio ao estabelecer que o Procurador-Geral poderia submeter ao Supremo representação para que fosse declarada a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo ainda que seu parecer fosse pela constitucionalidade.

Sobre o tema, Gilmar Mendes afirma que tem-se portanto, um “processo de natureza dúplice ou ambivalente”. Isto é, representa-se pela inconstitucionalidade, mas ao Procurador-Geral foi concedida a prerrogativa de manifestar-se de forma contrária, ou seja, pela constitucionalidade de lei ou ato normativo. E nas palavras do autor, convertendo o pretenso “**direito**” de propor a ação de inconstitucionalidade num “**poder-dever**” de submeter a questão constitucional relevante ao Supremo.

⁶⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

⁷⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

Em 05 de outubro de 1988 é promulgada a nova constituição, chamada por muitos de constituição cidadã, a Carta foi o marco da redemocratização do país com o fim do regime ditatorial.

Quanto ao controle, o modelo híbrido ou misto se manteve ainda que se tenha privilegiado o controle concentrado, por intermédio das ações diretas, mas o constituinte optou por preservar o modelo difuso ao permitir que “[...]pela via incidental inúmeras questões (principalmente aquelas relacionadas aos direitos e garantias individuais e sociais) pudessem chegar à apreciação dos Tribunais e do Supremo Tribunal Federal – neste último, por meio do Recurso Extraordinário⁷¹.”

Cumpramos ressaltar importante mudança havida em relação ao controle concentrado: a ampliação do rol de legitimados para interpor a Ação Direta de Inconstitucionalidade. Ocorre que em virtude de todo o debate ocorrido em 1967, o legislador constitucional de 88 entendeu por bem permitir retirar o monopólio do Procurador-Geral da República e permitir que outras pessoas, órgãos e entidades também tivessem a oportunidade de fazê-lo.

Eis o que determina o art. 103 da Constituição Federal:

- I - o Presidente da República;
- II - a Mesa do Senado Federal;
- III - a Mesa da Câmara dos Deputados;
- IV - a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)
- V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)
- VI - o Procurador-Geral da República;
- VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;
- VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;
- IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.⁷²

⁷¹ MEDEIROS, Orione Dantas de. **O controle de constitucionalidade na Constituição brasileira de 1988**: do modelo híbrido à tentativa de alteração para um sistema misto complexo. id/502969, 2015. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/502943/000991834.pdf?sequen>. Acesso em: 15 set. 2019.

⁷² MEDEIROS, Orione Dantas de. **O controle de constitucionalidade na Constituição brasileira de 1988**: do modelo híbrido à tentativa de alteração para um sistema misto complexo. id/502969, 2015. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/502943/000991834.pdf?sequen>. Acesso em: 15 set. 2019.

Quanto às ações de inconstitucionalidade por ação e omissão, Gilmar Mendes destaca importante mudança na jurisprudência da Corte: o entendimento unânime de fungibilidade entre estas.⁷³

Fortalecendo ainda mais o controle abstrato, foi determinado que as decisões proferidas nas Ações Declaratórias de Inconstitucionalidade produzissem efeito erga omnes e teriam força vinculante aos órgãos do Poder Judiciário e Administração Pública, direta e indireta, conforme reza o art. 102, parágrafo segundo.

Ainda sobre a ampliação do controle, a Carta de 88 introduziu a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental para exercer o controle de constitucionalidade sobre normas revogadas. A ação tem como objetivo disciplinar o direito pré-constitucional, as normas revogadas e o direito municipal. No tocante ao direito estadual, o constituinte manteve a representação interventiva, para verificar a proporcionalidade entre o direito estadual e os princípios constitucionais sensíveis (vide art. 34, VII).

Outras ferramentas que fortaleceram o controle concentrado foram a criação do Mandado de Injunção e da Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão. Essas ações têm como objeto reparar omissão legislativa no tocante à matéria constitucional.

Não se pode olvidar, contudo que também foram criados dois mecanismos de controle judicial, mas pela via incidental, qual seja o *Habeas Data* e o Mandado de Segurança Coletivo para que lei inconstitucional fosse afastada no caso concreto⁷⁴.

Por fim, podemos concluir que o modelo adotado atualmente no Brasil, introduzido pela Magna Carta de 1988, é misto, visando um amplo controle de constitucionalidade, com a efetivação de um modelo controle concreto e direto e ao mesmo tempo, difuso e incidental.

⁷³ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

⁷⁴ MEDEIROS, Orione Dantas de. O controle de constitucionalidade na Constituição brasileira de 1988: do modelo híbrido à tentativa de alteração para um sistema misto complexo. id/502969, 2015. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/502943/000991834.pdf?sequen>. Acesso em: 15 set. 2019.

2.3 MODULAÇÃO DE EFEITOS E A SEGURANÇA JURÍDICA

Em síntese, detalhamos até aqui que a Constituição é a norma superior de um estado de direito e portanto, todas as demais normas devem estar de acordo com suas diretrizes sob pena de serem declaradas inconstitucionais e estar prejudicado o sistema jurídico como um todo.

Relembramos ainda que todo ordenamento pressupõe ordem e disciplina e o ordenamento jurídico não foge à regra. Todavia, cumpre destacar que a finalidade do ordenamento jurídico é organizar, disciplinar o mundo jurídico, que é composto por enunciados normativos. Ou seja, não se trata de um estudo de um fenômeno, de um acontecimento ou de uma realidade, mas do próprio direito.

Logo, temos que havendo uma incongruência dentro desse sistema, como em qualquer outro, gera instabilidade, insegurança e colapso do próprio sistema.

Sobre o tema, Diego Diniz Ribeiro leciona que:

O direito cria suas próprias realidades, nos limites por ele prescritos. Assim, a assertiva de que o direito tem por função estabilizar expectativas de forma congruente, ou seja, dar segurança às relações jurídicas, se depreende do próprio direito posto, da sua análise interna, não sendo algo imutável, tal qual uma lei natural⁷⁵.

Portanto, temos que o *judicial review* é importante para proteger e manter a ordem do sistema, que também deve ser estável e harmônico para que cumpra a sua destinação. Ainda sobre o tema, Diego Diniz Ribeiro afirma, baseado na doutrina do ex Ministro do STJ Humberto Gomes Barros, que “**a segurança jurídica é o fim último do direito**”⁷⁶ (grifo do Autor).

⁷⁵ RIBEIRO, Diego Diniz. A modulação de efeitos no controle de constitucionalidade em matéria tributária e jurisprudência do STF. **Revista Dialética de Direito Tributário**, n. 178/25. Disponível em: https://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/38001836/A_modulacao_de_efeitos_no_controle_de_constitucionalidade_em_materia_tributaria_e_a_jurisprudencia_do_STF.pdf?response-content-disposition=inline%3B%20filename%3DA_modulacao_de_efeitos_no_controle_de_co.pdf&X-Amz-Algorithm=AWS4-HMAC-SHA256&X-Amz-Credential=AKIAIWOWYYGZ2Y53UL3A%2F20190927%2Fus-east-1%2Fs3%2Faws4_request&X-Amz-Date=20190927T233843Z&X-Amz-Expires=3600&X-Amz-SignedHeaders=host&X-Amz-Signature=627815d7518e551cdecdfb882120de906adcb7c4f602d61dae3d35d8c7e70d4c. Acesso em: 15 set. 2019.

⁷⁶ RIBEIRO, Diego Diniz. A modulação de efeitos no controle de constitucionalidade em matéria tributária e jurisprudência do STF. **Revista Dialética de Direito Tributário**, n. 178/25. Disponível em: https://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/38001836/A_modulacao_de_efeitos_no_controle_de_constitucionalidade_em_materia_tributaria_e_a_jurisprudencia_do_STF.pdf?response-content-disposition=inline%3B%20filename%3DA_modulacao_de_efeitos_no_controle_de_co.pdf&X-Amz-Algorithm=AWS4-HMAC-SHA256&X-Amz-Credential=AKIAIWOWYYGZ2Y53UL3A%2F20190927%2Fus-east-1%2Fs3%2Faws4_request&X-Amz-Date=20190927T233843Z&X-Amz-Expires=3600&X-Amz-SignedHeaders=host&X-Amz-Signature=627815d7518e551cdecdfb882120de906adcb7c4f602d61dae3d35d8c7e70d4c.

O controle de constitucionalidade não teria senão outro fim, qual seja o de manter a ordem do ordenamento jurídico, para que este seja harmônico, estável e de fato, um sistema, “um conjunto de preceitos jurídicos interdependentes, reunidos de acordo com um princípio unificador”.⁷⁷

Quando identificada e declarada a inconstitucionalidade de uma norma pelo Poder Judiciário, em regra, esta não será retirada automaticamente do ordenamento jurídico, pois se assim fosse estaríamos diante de uma usurpação das funções legislativas pelo Poder Judiciário.

O que ocorre é apenas a declaração, ou seja, o reconhecimento de inconstitucionalidade da norma, sendo o *judicial review* de competência do Judiciário, e em regra a declaração de inconstitucionalidade irá gerar efeitos retroativos. Ou seja, aplica-se a teoria da nulidade e todos os atos praticados com fundamento na norma declarada inconstitucional serão nulos⁷⁸.

Todavia, conforme mencionamos anteriormente, a teoria de Kelsen relativizou a teoria da nulidade, pois para o jurista a norma seria anulável e não nula de pleno direito. Portanto, estaríamos diante de uma decisão constitutiva e não declaratória, logo seus efeitos seriam *pro futuro*, ou seja, *ex nunc*⁷⁹.

Ou seja, em regra temos uma nulidade desde a entrada da norma inconstitucional no ordenamento jurídico, mas ao relativizar os efeitos da decisão de inconstitucionalidade preservam-se os atos e negócios jurídicos perfeitos realizados antes da pronúncia da nulidade, assim tornando isento o estado ou qualquer outro órgão ou pessoa de reparar quaisquer danos fundados na lei declarada inconstitucional.

disposition=inline%3B%20filename%3DA_modulacao_de_efeitos_no_controle_de_co.pdf&X-Amz-Algorithm=AWS4-HMAC-SHA256&X-Amz-Credential=AKIAIWOWYYGZ2Y53UL3A%2F20190927%2Fus-east-1%2Fs3%2Faws4_request&X-Amz-Date=20190927T233843Z&X-Amz-Expires=3600&X-Amz-SignedHeaders=host&X-Amz-Signature=627815d7518e551cdecdfb882120de906adcb7c4f602d61dae3d35d8c7e70d4c. Acesso em: 15 set. 2019.

⁷⁷MICHAELIS. **Dicionário brasileiro da língua portuguesa**. Disponível em: <http://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/sistema/>. Acesso em: 17 ago. 2019.

⁷⁸ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

⁷⁹ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

Nesse sentido, para não gerar instabilidade no mundo jurídico e situações em que seria inviável o retorno ao *status quo ante*, foi criada a modulação dos efeitos da decisão que pronuncia a inconstitucionalidade de norma. Cumpre ressaltar que as decisões declaratórias de inconstitucionalidade e constitucionalidade produzem efeito erga omnes e vinculam todos os órgãos do Poder Judiciário e a Administração Pública Direta e Indireta nos termos do art. 102, p. 2º da CF de 88.

A modulação de efeitos está prevista no art. 27 da Lei 9.868 de 10 de novembro de 1999 dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o STF. A lei dispõe que:

Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado⁸⁰.

Sobre o texto, o ministro do STF Luís Roberto Barroso afirma que:

O dispositivo, permite, portanto, que o Tribunal: a) restrinja os efeitos da decisão, excluindo de seu alcance, por exemplo, categoria de pessoas que sofreriam ônus ponderado como excessivo ou insuportável, ou ainda impedindo a retroação sobre determinado tipo de situação; b) não atribua efeito retroativo a sua decisão, fazendo-a incidir apenas a partir de seu trânsito em julgado; e c) até mesmo fixe algum momento específico como marco inicial para a produção dos efeitos da decisão, no passado, ou mesmo no futuro, dando à norma uma sobrevida⁸¹.

O autor ressalta ainda que existiria uma outra hipótese que seria possível pretender aplicar a modulação, nos casos em que lei ou ato editado na Constituição anterior não foi recepcionado pela atual Constituição. Entretanto, afirma o autor que o STF têm se manifestado no sentido que não seria possível a modulação, pois a norma não fora declarada inconstitucional, sendo caso de revogação⁸².

⁸⁰ BRASIL. [Constituição Federal (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 28 ago. 2019.

⁸¹ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

⁸² BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

Em relação à motivação da modulação de efeitos, Barroso afirma que na realidade não se busca meramente a proteção da segurança jurídica e de excepcional interesse, mas haverá uma ponderação de princípios. “[...]O Supremo Tribunal Federal poderá fazer ao dosar os efeitos retroativos da decisão é uma ponderação entre a norma violada e as normas constitucionais que protegem os efeitos produzidos pela lei inconstitucional [...]”⁸³.

Deste modo, haverá um debate sobre a relevância da manutenção, por um período a ser fixado pelo Tribunal, da validade da lei ou ato normativo inconstitucional e de seus efeitos, como a boa-fé, moralidade, coisa julgada, segurança jurídica, razoabilidade e a norma constitucional violada. Voltaremos a tratar do tema mais adiante.

Outro requisito da modulação de efeitos é o quórum qualificado que se impõe para que o STF fixe a eficácia da decisão no tempo, qual seja somente pela maioria de dois terços dos membros do Tribunal é que será possível lançar mão do instituto. Assim, o legislador impôs um limitador à competência do Supremo para deliberar sobre o assunto, vez que este atuará como legislador negativo.

Nesse sentido, verificamos que o ordenamento jurídico permite a modulação de efeitos temporais em caráter excepcional e sua previsão encontra lastro na Lei 9.868/99, pois a jurisprudência do STF é uníssona quanto à aplicabilidade imediata da decisão que pronuncia inconstitucionalidade ou constitucionalidade de decisão a partir da publicação da decisão no Diário Oficial da União.

Não obstante a modulação tenha sido criada para as ações diretas de constitucionalidade, o texto do art. 27 da referida lei já fora aplicado por analogia no controle incidental e na mudança de jurisprudência pacificada do Supremo.

Um outro contexto em que o Supremo tem aplicado a modulação é nos casos de *first impressions*, ou seja casos em que a matéria é levada *prima facie* ao Tribunal. Portanto, não estaríamos diante de uma mudança de entendimento do Tribunal sobre determinada matéria.

⁸³ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

A jurista Misabel Derzi entende que em se tratando de *first impressions*, não seria cabível a modulação pois “as primeiras decisões, as novas, não desencadeiam os princípios da irretroatividade, nem da proteção da confiança ou da boa-fé objetiva em relação ao próprio Poder Judiciário”⁸⁴. Entretanto, no caso da Adin 2240/BA a Corte entendeu por bem modular os efeitos da decisão sobre matéria nunca antes apreciada.

No tocante à proteção da confiança e à segurança jurídica, Regina Ferrari afirma que:

Bem ponderou Recaséns Siches, analisando o principal motivo do direito, que este surgiu para prestar culto à ideia de justiça e fornecer segurança e certeza à vida social porque a segurança é um valor fundamental do jurídico, sem ela não pode haver direito. O Direito, a partir do ponto de vista formal não é um fim, mas um meio para assegurar a realização de certos fins que os homens reputam como de indispensável cumprimento. Portanto, não radica no que é, mas no como é.⁸⁵

A segurança jurídica está intimamente ligada à ideia de Estado de Direito, pois neste a lei é a mesma para todos e se aplica para todos, incluindo o Estado e seus representantes, ou seja, tem como fundamento o princípio da isonomia. Nesse sentido, as ações dos governantes, civis e do Estado se darão em atendimento à lei, privilegiando no Estado de Direito a legalidade⁸⁶.

Cumprе ressaltar que as leis devem refletir e ser fruto dos valores daquela sociedade, por intermédio de um processo legislativo democrático e havendo um Poder Judiciário, “composto por juízes independentes, que não temam contrariar com suas decisões o interesse do Estado”⁸⁷.

⁸⁴ RIBEIRO, Diego Diniz. A modulação de efeitos no controle de constitucionalidade em matéria tributária e jurisprudência do STF. **Revista Dialética de Direito Tributário**, n. 178/25. Disponível em: https://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/38001836/A_modulacao_de_efeitos_no_controle_de_constitucionalidade_em_materia_tributaria_e_a_jurisprudencia_do_STF.pdf?response-content-disposition=inline%3B%20filename%3DA_modulacao_de_efeitos_no_controle_de_co.pdf&X-Amz-Algorithm=AWS4-HMAC-SHA256&X-Amz-Credential=AKIAIWOWYYGZ2Y53UL3A%2F20190927%2Fus-east-1%2Fs3%2Faws4_request&X-Amz-Date=20190927T233843Z&X-Amz-Expires=3600&X-Amz-SignedHeaders=host&X-Amz-Signature=627815d7518e551cdecdfb882120de906adcb7c4f602d61dae3d35d8c7e70d4c. Acesso em: 15 set. 2019.

⁸⁵ FERRARI, Regina. O ato jurídico perfeito e a segurança jurídica no controle de constitucionalidade. In: ROCHA, Carmem Lúcia. **Constituição e segurança jurídica**. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 209-259.

⁸⁶ FERRARI, Regina. O ato jurídico perfeito e a segurança jurídica no controle de constitucionalidade. In: ROCHA, Carmem Lúcia. **Constituição e segurança jurídica**. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 209-259.

⁸⁷ CARRAZZA, 2001 apud FERRARI, Regina. O ato jurídico perfeito e a segurança jurídica no controle de constitucionalidade. In: ROCHA, Carmem Lúcia. **Constituição e segurança jurídica**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2004. p. 209-259.

Em se tratando da segurança jurídica no Brasil, esse princípio não foi contemplado de forma expressa na CF de 88, mas é um princípio implícito que encontra lastro no art. 5, parágrafo 2º quando o constituinte afirma que “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”⁸⁸. Portanto, conforme mencionado, a segurança jurídica é um fundamento do próprio Estado de Direito e sua proteção é uma proteção ao próprio sistema institucional.

César Garcia Novoa afirma que pressupostos mínimos para que haja de fato segurança jurídica são:

- a) Existência da norma jurídica. O que supõe o requisito de positividade do ordenamento, pois como assinala Radbruch “é próprio do conceito do direito justo o ser positivo”.
- b) Que as normas positivas existam previamente à produção dos fatos que elas mesmas regulam – o que Lopez de Onãte denomina pré-ordenamento normativo -, pois este requisito de existência é o elemento básico da previsibilidade das normas...Esta idéia enlaçaria a tese de Roubier do efeito imediato das leis como regra ordinária e que significa que a lei nova se aplica a partir de sua promulgação a todos os efeitos derivados das relações jurídicas nascidas ou por nascer. A exceção será, portanto, o efeito retroativo.
- c) Que essa existência seja prévia aos atos regulados seja conhecida pelos destinatários das normas e eventuais realizadores dos pressupostos de fato previstos na norma...Isto exige que se assegure a publicidade das normas através do princípio da publicação formal.
- d) Por último, que a existência prévia e pública da norma, seja também uma existência regular o que significa que a norma tenha pretensões de definitividade; a regra geral é excluir as normas provisionais, admitindo-se em todo caso, normas de vigência temporal limitada⁸⁹.

No tocante à promoção de efeitos imediatos da lei e da pretensão de definitividade da norma, o constituinte de 88 determinou em seu art. 5º, XXXVI que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”⁹⁰. Portanto, adotou-se o princípio da irretroatividade da norma para que houvesse segurança na legalidade dos atos e negócios jurídicos realizados conforme a norma vigente à época. Contudo, Regina Maria Ferrari afirma

88 BRASIL. [Constituição Federal (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 25 ago. 2019.

⁸⁹ NOVOA, 1997 apud FERRARI, Regina. O ato jurídico perfeito e a segurança jurídica no controle de constitucionalidade. In: ROCHA, Carmem Lúcia. **Constituição e segurança jurídica**. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 209-259.

⁹⁰ BRASIL. [Constituição Federal (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 25 ago. 2019.

que o princípio da irretroatividade “é somente um princípio de utilidade social, daí não ser absoluto, por sofrer exceções...”⁹¹.

Ocorre que, por mais que os atos e negócios jurídicos fundados em lei declarada inconstitucional, em regra, seriam nulos de pleno direito e portanto, a nulidade os alcançaria *ab initio*, essa seria uma solução jurídica, mas que muitas vezes não poderia alcançar tais efeitos no mundo concreto.

Sobre o tema, Regina Maria Ferrari ressalta a posição de Kelsen, que afirma “o direito pode dar significação a fato, mas não podem impedir que eles ocorram, nem pode eliminar seu registro histórico”.⁹²

Nesse sentido, o reconhecimento de nulidade da norma desde sua entrada em vigor no ordenamento jurídico, de forma a anular todos os negócios jurídicos realizados com base nesta, “é impedir a segurança jurídica, a estabilidade do direito e a sua própria finalidade”⁹³.

Por isso, a ponderação dos valores constitucionais a serem protegidos deve ser realizada não apenas com base somente na lógica jurídica, mas “no desenvolvimento do instituto jurídico, ao costume e às convicções sociais vigentes, inspirado no ideal de justiça e bem estar.”⁹⁴

Nesse sentido, a Autora afirma:

Sendo o Direito produto cultural, no seu universo nada pode ter sentido absoluto, ou seja, não se pode contar com plena certeza, mas nem por isso se pode afastar da ideia de que a segurança representa sua função essencial. Vale dizer, a função judicial deve oferecer a garantia de que a justiça será feita no caso peculiar⁹⁵.

⁹¹ FERRARI, Regina. O ato jurídico perfeito e a segurança jurídica no controle de constitucionalidade. In: ROCHA, Carmem Lúcia. **Constituição e segurança jurídica**. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 209-259.

⁹² KELSEN, 1950 apud FERRARI, Regina. O ato jurídico perfeito e a segurança jurídica no controle de constitucionalidade. In: ROCHA, Carmem Lúcia. **Constituição e segurança jurídica**. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 209-259.

⁹³ FERRARI, Regina. O ato jurídico perfeito e a segurança jurídica no controle de constitucionalidade. In: ROCHA, Carmem Lúcia. **Constituição e segurança jurídica**. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 209-259.

⁹⁴ FERRARI, Regina. O ato jurídico perfeito e a segurança jurídica no controle de constitucionalidade. In: ROCHA, Carmem Lúcia. **Constituição e segurança jurídica**. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 209-259.

⁹⁵ FERRARI, Regina. O ato jurídico perfeito e a segurança jurídica no controle de constitucionalidade. In: ROCHA, Carmem Lúcia. **Constituição e segurança jurídica**. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 209-259.

Ou seja, ainda que a segurança jurídica não seja absoluta, vez que o Direito é mutável assim como os valores de uma sociedade mudam, deve-se buscar essa segurança. E, é nesse sentido que é tão importante nessa fase intermediária de império da lei inconstitucional e a declaração de sua inconstitucionalidade a atuação do Juiz, a fim de que não surja, situação ainda mais distante da vontade constitucional do que a anteriormente existente.⁹⁶

A necessidade de tal interpretação foi prevista pelo legislador infraconstitucional na edição das Leis 9.868/99 e 9.882/99, pois a fixação de prazo para determinar os efeitos daquela decisão devem ser fruto de decisão de 2/3 da Corte Suprema e de acordo com Regina Maria Ferrari, não deveria ser fixado prazo maior que 45 dias (vide art. 64, parágrafo segundo da Carta Magna que trata de projetos de lei com pedido de urgência) para decisão com efeitos pro futuro com o objetivo de evitar um vazio legislativo.⁹⁷

A Autora afirma ainda que o prazo para a durabilidade dos efeitos pro futuro devem ser fixados com base no princípio da razoabilidade e proporcionalidade. A Autora cita a doutrina de Jorge Miranda quando afirma que “é preciso que envolvam uma insegurança de grau elevado e que por isso seus efeitos sejam reduzidos ao estritamente necessário para salvaguardar os valores constitucionais”⁹⁸.

Assim como devem ser observados os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, igualmente deve o julgador atentar para o princípio da isonomia. No tocante à este último, pode haver uma situação difícil em se tratado de declaração de inconstitucionalidade de norma ou ato normativo.

Segundo Teori Savascki, uma vez que existam casos concretos que foram julgados com base em lei posteriormente declarada inconstitucional e que a decisão, em último caso, tem

⁹⁶ MENDES, 1996 apud FERRARI, Regina. O ato jurídico perfeito e a segurança jurídica no controle de constitucionalidade. In: ROCHA, Carmem Lúcia. **Constituição e segurança jurídica**. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 209-259.

⁹⁷ FERRARI, Regina. O ato jurídico perfeito e a segurança jurídica no controle de constitucionalidade. In: ROCHA, Carmem Lúcia. **Constituição e segurança jurídica**. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 209-259.

⁹⁸ MIRANDA, 1991 apud FERRARI, Regina. O ato jurídico perfeito e a segurança jurídica no controle de constitucionalidade. In: ROCHA, Carmem Lúcia. **Constituição e segurança jurídica**. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 209-259.

força vinculante, não se admitir situação em que algumas pessoas sejam prejudicadas e outras não em face da declaração de inconstitucionalidade, sob pena de ferir o princípio da isonomia⁹⁹.

Sobre o tema, o jurista afirma que:

Ofenderia o mais elementar sendo de justiça invocar a força da coisa julgada do caso concreto para, por exemplo, impor a determinada pessoa uma carga tributária que o Supremo Federal declarou inexistente ou nula ou inexigível para todas as demais; ou, por exemplo, para assegurar a um cidadão o privilégio de receber determinado benefício remuneratório ou gozar de favor fiscal, que é negado, com força vinculante, a todos os demais cidadãos nas mesmas condições. Daí sustentar-se que, no conflito entre a sentença do caso concreto e a proferida em ação de controle concentrado, a supremacia da segunda tem, a legitimá-la, não apenas a superior hierarquia da autoridade que a proferiu, mas também a sua aptidão para afirmar o princípio da igualdade de todos os cidadãos em face dos direitos e dos deveres impostos pelo ordenamento jurídico.¹⁰⁰

A resolução desse conflito deve ser buscada em processo autônomo, em ação rescisória, quando couber.¹⁰¹

Diante de todo o exposto, de que maneira o Supremo tem aplicado o instituto da modulação dos efeitos? Têm sido observados os requisitos constitucionais como “razões de segurança jurídica e excepcional interesse social”? Quais foram as implicações da modulação no caso concreto?

Passemos à análise de uma importante decisão do Supremo em caso de lei declarada inconstitucional com base nos parâmetros fixados por Roberto Freitas no texto MAD (Metodologia de Análise de Decisões) para verificar se tais decisões observaram os parâmetros fixados para modulação dos efeitos.

⁹⁹ ZAVASCKI, Teori Albino. Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional. **Revista dos Tribunais**. 2001. Disponível em: <https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/2521/000275909.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 06 set. 2019.

¹⁰⁰ ZAVASCKI, Teori Albino. Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional. **Revista dos Tribunais**. 2001. Disponível em: <https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/2521/000275909.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 06 set. 2019.

¹⁰¹ FERRARI, Regina. O ato jurídico perfeito e a segurança jurídica no controle de constitucionalidade. In: ROCHA, Carmem Lúcia. **Constituição e segurança jurídica**. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 209-259.

3 ESTUDO DE CASO À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO STF

Antes de adentrarmos ao estudo de caso à luz da MAD, faz-se mister uma breve explicação do que consiste a MAD – Metodologia de Análise de Decisões.

A MAD, nas palavras de Roberto Freitas, é:

Uma proposta metodológica que poderia ser qualificada como uma quinta acepção da palavra metodologia, a dos protocolos. Um protocolo é reproduzível sempre em certa medida, especialmente nas ciências sociais aplicadas, como é o caso do Direito, mas sua utilização permite um grau de precisão e de controle sobre o que é feito maior que nos trabalhos especulativos ou conceituais. Essa é a pretensão da MAD¹⁰².

Vale destacar que a r. metodologia guarda estreita ligação com a prática e portanto, é imprescindível justificar a escolha da decisão em análise “com base na capacidade de geração de efeitos que sua interpretação tem no campo em que se situa”¹⁰³.

In casu, vamos tratar da Questão de Ordem na ADI 4.357/DF que versa exclusivamente sobre a modulação de efeitos do acórdão que declarou parcialmente inconstitucional a Emenda Constitucional 62. A escolha do tema se deu em razão de o r. julgado versar sobre assunto bastante complexo e que vem sendo um problema desde a Constituição de 88, qual seja, o pagamento de precatórios.

Para se ter uma dimensão da relevância temática, o CNJ divulgou um número alarmante de precatórios a serem pagos. A pesquisa preliminar realizada pelo Fonaprec, Fórum Nacional de Precatórios, indicou no início de 2019 que os precatórios chegam à monta de R\$ 141 bilhões de reais a serem pagos aos credores do Poder Público¹⁰⁴. Cumpre ressaltar que esse número se

¹⁰² FREITAS, Roberto; LIMA, Thalita Moraes. Metodologia de análise de decisões. **Universitas Jus**, v. 2, 2011. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/jus/article/view/1206/1149>. Acesso em: 06 set. 2019.

¹⁰³ FREITAS, Roberto; LIMA, Thalita Moraes. Metodologia de análise de decisões. **Universitas Jus**, v. 2, 2011. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/jus/article/view/1206/1149>. Acesso em: 06 set. 2019.

¹⁰⁴ FONAPREC avalia sugestões para atualização das normas de precatórios. Conselho Nacional de Justiça, Brasília, 03 mai. 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/88826-fonapre-coe-analisar-sugestoes-para-a-atualizacao-das-normas-de-precatorios>. Acesso em: 11 set. 2019.

refere à precatórios vencidos e portanto, não englobam aqueles créditos que ainda não foram exigidos, ou seja, esse número é ainda maior.

Pois bem, passemos à análise do caso.

O Plenário do STF nas sessões de julgamento dos dias 06,07 e 14 de março de 2013 declarou parcialmente procedente o pedido formulado pelos requerentes nas ações direta de inconstitucionalidade de n. 4.357 e 4.425, que questionavam a validade da EC 62 de 2009, a qual promoveu alterações no art. 100 da Constituição Federal e acrescentou o art. 97 ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que instituiu o regime especial de pagamento de precatórios pelos Estados, Distrito Federal e Municípios.

No tocante ao mérito, a inconstitucionalidade formal foi afastada, entretanto foi declarada a inconstitucionalidade material da norma quanto aos seguintes aspectos: a utilização da TR como índice de correção monetária em detrimento do IPCA-E; a compensação, o leilão e o pagamento à vista de precatórios; realização de acordos com redução máxima de 40% do valor do crédito atualizado; vinculação de percentuais mínimos da receita corrente líquida ao pagamento de precatórios e as sanções previstas na Emenda para o caso de não liberação tempestiva dos recursos destinados ao pagamento de precatórios.

Todavia, o Conselho Federal da OAB peticionou nos autos informando que em virtude do julgamento das ADI's 4.357 e 4.425, os Tribunais decidiram paralisar os pagamentos até que a Suprema Corte modulasse os efeitos da decisão. Desta feita, o Ministro Relator Luiz Fux determinou que os pagamentos continuassem conforme a sistemática vigente à época.

Nesta senda, a questão de ordem relativa à modulação de efeitos temporais da decisão foi julgada em 25.03.2015 e é precisamente sobre essa questão de ordem que vamos nos debruçar.

Eis a ementa do r. acórdão:

EMENTA: QUESTÃO DE ORDEM. MODULAÇÃO TEMPORAL DOS EFEITOS DE DECISÃO DECLARATÓRIA DE INCONSTITUCIONALIDADE (LEI 9.868/99, ART. 27). POSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE ACOMODAÇÃO OTIMIZADA

DE VALORES CONSTITUCIONAIS CONFLITANTES. PRECEDENTES DO STF. REGIME DE EXECUÇÃO DA FAZENDA PÚBLICA MEDIANTE PRECATÓRIO. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 62/2009. EXISTÊNCIA DE RAZÕES DE SEGURANÇA JURÍDICA QUE JUSTIFICAM A MANUTENÇÃO TEMPORÁRIA DO REGIME ESPECIAL NOS TERMOS EM QUE DECIDIDO PELO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

1. A modulação temporal das decisões em controle judicial de constitucionalidade decorre diretamente da Carta de 1988 ao consubstanciar instrumento voltado à acomodação otimizada entre o princípio da nulidade das leis inconstitucionais e outros valores constitucionais relevantes, notadamente a segurança jurídica e a proteção da confiança legítima, além de encontrar lastro também no plano infraconstitucional (Lei nº 9.868/99, art. 27). Precedentes do STF: ADI nº 2.240; ADI nº 2.501; ADI nº 2.904; ADI nº 2.907; ADI nº 3.022; ADI nº 3.315; ADI nº 3.316; ADI nº 3.430; ADI nº 3.458; ADI nº 3.489; ADI nº 3.660; ADI nº 3.682; ADI nº 3.689; ADI nº 3.819; ADI nº 4.001; ADI nº 4.009; ADI nº 4.029.

2. In casu, modulam-se os efeitos das decisões declaratórias de inconstitucionalidade proferidas nas ADIs nº 4.357 e 4.425 para manter a vigência do regime especial de pagamento de precatórios instituído pela Emenda Constitucional nº 62/2009 por 5 (cinco) exercícios financeiros a contar de primeiro de janeiro de 2016.

3. Confere-se eficácia prospectiva à declaração de inconstitucionalidade dos seguintes aspectos da ADI, fixando como marco inicial a data de conclusão do julgamento da presente questão de ordem (25.03.2015) e mantendo-se válidos os precatórios expedidos ou pagos até esta data, a saber: (i) fica mantida a aplicação do índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança (TR), nos termos da Emenda Constitucional nº 62/2009, até 25.03.2015, data após a qual (a) os créditos em precatórios deverão ser corrigidos pelo Índice de Preços ao Consumidor Amplo Especial (IPCA-E) e (b) os precatórios tributários deverão observar os mesmos critérios pelos quais a Fazenda Pública corrige seus créditos tributários; e (ii) ficam resguardados os precatórios expedidos, no âmbito da administração pública federal, com base nos arts. 27 das Leis nº 12.919/13 e nº 13.080/15, que fixam o IPCA-E como índice de correção monetária.

4. Quanto às formas alternativas de pagamento previstas no regime especial: (i) consideram-se válidas as compensações, os leilões e os pagamentos à vista por ordem crescente de crédito previstos na Emenda Constitucional nº 62/2009, desde que realizados até 25.03.2015, data a partir da qual não será possível a quitação de precatórios por tais modalidades; (ii) fica mantida a possibilidade de realização de acordos diretos, observada a ordem de preferência dos credores e de acordo com lei própria da entidade devedora, com redução máxima de 40% do valor do crédito atualizado.

5. Durante o período fixado no item 2 acima, ficam mantidas (i) a vinculação de percentuais mínimos da receita corrente líquida ao pagamento dos precatórios (art. 97, § 10, do ADCT) e (ii) as sanções para o caso de não liberação tempestiva dos recursos destinados ao pagamento de precatórios (art. 97, §10, do ADCT).

6. Delega-se competência ao Conselho Nacional de Justiça para que considere a apresentação de proposta normativa que discipline (i) a utilização compulsória de 50% dos recursos da conta de depósitos

judiciais tributários para o pagamento de precatórios e (ii) a possibilidade de compensação de precatórios vencidos, próprios ou de terceiros, com o estoque de créditos inscritos em dívida ativa até 25.03.2015, por opção do credor do precatório.

7. Atribui-se competência ao Conselho Nacional de Justiça para que monitore e supervisione o pagamento dos precatórios pelos entes públicos na forma da presente decisão¹⁰⁵.

Sobre a modulação de efeitos, o Min. Relator relembra que ainda que a decisão da Corte tenha sido no sentido de declarar alguns dispositivos da EC 62 de 2009 inconstitucionais, não se poderia ignorar que a norma havia vigorado por quase quatro anos (até 2013), gerando efeitos que não poderiam ser apagados e que a programação financeiro orçamentária dos municípios havia sido feita com base nos parâmetros da r. emenda, portanto a modulação de efeitos se fazia necessária.

Justificando a modulação, exceção à regra de efeitos ex tunc constante na teoria da nulidade, o Min. Fux ressalta que:

Assim compreendida, a modulação dos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade não significa uma afronta à Carta Magna, mas antes uma defesa da segurança jurídica ou de outro valor constitucional relevante, sob o prisma do princípio da proporcionalidade. Eis aí o fundamento que explica a existência e justifica a validade do instituto como corolário imediato da própria força normativa da Constituição¹⁰⁶.

Em seu voto, o Min. destaca ainda que “a aplicação cega e irrestrita da nulidade poderia representar – antes que um remédio – um verdadeiro agravamento da ofensa aos valores fundamentais mais básicos do sistema constitucional”¹⁰⁷.

¹⁰⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.357/DF**. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOAB e Outros. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília. 06 de agosto de 2015. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=307365265&ext=.pdf>. Acesso em: 08 set. 2019.

¹⁰⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.357/DF**. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOAB e Outros. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília. 06 de agosto de 2015. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=307365265&ext=.pdf>. Acesso em: 08 set. 2019.

¹⁰⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.357/DF**. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOAB e Outros. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília. 06 de agosto de 2015. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=307365265&ext=.pdf>. Acesso em: 08 set. 2019.

Ocorre que, a Emenda n. 62 determina um regime especial para pagamento de precatórios que seriam pagos em até 15 anos, sendo portanto inaplicável o art. 100 da CF que determina a liquidação de todos os precatórios à uma só vez.

A discussão sobre o tema é que seria impagável o vencimento de toda a dívida de precatórios de uma só vez sem que isso implicasse na impossibilidade de os estados não mais prestarem os serviços públicos essenciais, gerando assim uma barreira fática para que se cumprisse o disposto pelo poder constituinte originário. Para além disso, antes do advento da r. Emenda, os precatórios sequer estavam sendo pagos, logo havia se instalado um estado de mora contínuo por parte do Poder Público e portanto, uma violação aos direitos dos credores da Fazenda.

Sobre a necessidade da modulação do caso analisado, o Min. Barroso afirma que “essa declaração (de inconstitucionalidade) sem modulação seria muito enérgica, porém, seria inócua e puramente retórica”¹⁰⁸.

Ainda sobre o tema, o Min. Barroso complementa:

Sendo assim, nós não gostaríamos de ter a responsabilidade, eu suponho, de devolvermos o status quo de manifesta inconstitucionalidade que vigorava antes da Emenda 62. E que eu repito: o descumprimento reiterado de precatórios, por lustros e décadas, é uma desmoralização para o Poder Judiciário, porque é uma ordem judicial - uma condenação judicial – que está sendo descumprida, além de ser um mau exemplo de deslealdade do Estado para com o seu cidadão. Qualquer cidadão, na verdade qualquer empresa que se comportasse nos seus negócios privados como se comporta o Estado brasileiro teria a falência decretada¹⁰⁹.

Portanto, resta claro que os pressupostos da modulação de efeitos foram devidamente atendidos nesse caso, quais sejam: a segurança jurídica e excepcional interesse social.

¹⁰⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.357/DF**. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOAB e Outros. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília. 06 de agosto de 2015. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=307365265&ext=.pdf>. Acesso em: 08 set. 2019.

¹⁰⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.357/DF**. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOAB e Outros. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília. 06 de agosto de 2015. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=307365265&ext=.pdf>. Acesso em: 08 set. 2019.

À uma, pois são inúmeros os credores da Fazenda, afetando assim milhares de brasileiros que aguardam há anos por terem seus direitos satisfeitos. À duas, pois os precatórios não estavam sendo pagos antes da Emenda 62, violando assim o direito de propriedade, o princípio da coisa julgada e havendo uma quebra de confiança, ou seja, uma violação clara do princípio da boa-fé.

O Ministro Fux em seu voto defendeu que a Emenda n. 62 vigorasse por 05 anos e caso houvesse um descumprimento da decisão judicial, ou seja, se os Estados, os municípios e o Distrito Federal não realizassem os pagamentos até essa data, que fosse decretada a intervenção federal.

Quanto à modulação e a possibilidade de realização de acordos com os credores da Fazenda Pública, o Ministro Barroso sugeriu proposta diversa do Eminent Relator, senão vejamos:

Eu proponho, em relação a essa questão, uma modulação dos efeitos temporais da possibilidade de acordo direto, nos seguintes termos: Primeiro, os acordos têm de ser oferecidos segundo a ordem cronológica dos créditos, ou seja, o acordo tem que ser ofertado ao primeiro da fila. Se ele não quiser, passa para o segundo; se ele não quiser, passa para o terceiro. Vai chegar um ponto em que alguém vai querer o acordo. Portanto, o acordo tem que ser oferecido na fila. Segundo, credores que optassem pela celebração do acordo, concordariam com uma redução fixa, válida para todos, de 25% do seu crédito devidamente atualizado. Portanto, a minha terceira proposta é permitir a compensação de precatórios, próprios ou de terceiros, com dívida ativa inscrita. Devo dizer, mas evidentemente isso vai a debate no Plenário, que eu considero essas três primeiras determinações relativamente simples porque elas têm fundamento normativo próprio e basta modular-se os efeitos da Emenda nº 62. --- compensação de forma “bilateral”¹¹⁰.

Com a devida vênia, discordamos na posição do Ministro Barroso, pois a Emenda n. 62 não estabelece os termos para realização do acordo e tampouco prevê uma compensação bilateral. *In casu*, essa proposta extrapola os limites da interpretação judicial e acabaria resultando na atuação do judiciário como legislador positivo, prática vedada pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Ainda em seu voto, o Min. Barroso afirma:

¹¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.357/DF**. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOAB e Outros. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília. 06 de agosto de 2015. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=307365265&ext=.pdf>. Acesso em: 08 set. 2019.

Eu considero que há uma situação de inconstitucionalidade que justifica uma postura mais proativa do Poder Judiciário e do Supremo, inclusive pela razão de que o Poder Legislativo, ou o Poder Constituinte Reformador, por duas vezes, apresentou soluções e, por duas vezes, o Supremo disse que não estavam boas. Acho que é uma situação excessivamente cômoda, nós ficarmos derrubando as propostas do Legislativo sem colocar nada no lugar, sendo que o que estamos colocando no lugar, para vigorar a partir de janeiro de 2015, pode ser revisto pelo Poder Legislativo. Nós estamos apenas preenchendo uma lacuna, se e enquanto o Poder Legislativo não dispuser a respeito. Devo dizer que o Supremo Tribunal Federal já fez isso diversas vezes¹¹¹.

A proposta acima, na realidade, seria a de criação de regras de transição para que vigorassem durante o período de modulação de efeitos, todavia seriam essas regras constitucionais e legítimas?

Acerca das regras de transição, o Min. Dias Toffoli destaca que:

Ademais, se é necessário, após a declaração de inconstitucionalidade do regime especial criado pela EC 62/2009, adotar algum sistema normativo de transição para o regime geral de pagamento de precatórios, com alguma perspectiva de quitação do passivo dos entes federados pelos próximos anos, melhor que essa transição ocorra tendo por base regras que, bem ou mal, foram instituídas pelo Poder Constituinte Derivado. Visualizo em uma decisão de tal natureza, a qual encontraria respaldo no art. 27 da Lei 9.868/99, mais legitimidade do que em uma decisão desta Corte no sentido de estabelecer normas para esse período de transição, com a devida vênia à proposta do eminente Ministro Roberto Barroso¹¹².

Sobre as consequências jurídicas do presente julgamento, o Min. Gilmar Mendes destaca que não devem ser levadas em conta apenas as consequências jurídicas do julgamento, mas também as “consequências sociais”, pois estas “foram juridicizadas, uma vez que o art. 27 da Lei n. 9.868/1999 nos permite levar em conta o “excepcional interesse social” para modular os efeitos da declaração de inconstitucionalidade”.

O Min. cita ainda o professor José Levi de Mello do Amaral Júnior para defender a modulação de efeitos, mas realizada nos termos do próprio instituto (grifos nossos):

¹¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.357/DF**. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOAB e Outros. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília. 06 de agosto de 2015. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=307365265&ext=.pdf>. Acesso em: 08 set. 2019.

¹¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.357/DF**. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOAB e Outros. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília. 06 de agosto de 2015. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=307365265&ext=.pdf>. Acesso em: 08 set. 2019.

Cito, a propósito, artigo do Professor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, José Levi de Mello do Amaral Júnior, em que discute o caso ora em julgamento e afirma: “A modulação deve ser, apenas e tão-somente, especificação de um espaço de tempo de sobrevida para norma declarada inconstitucional, norma essa que deve ser observada — no período explicitado pela decisão de modulação — em seus próprios termos (ou parte deles). Não há, aqui, espaço para nenhuma modificação do substrato normativo impugnado transitoriamente preservado. (...) A título de fazer modulação, não se pode remodelar normas declaradas inconstitucionais, muito menos modelar normas novas, não existentes no ordenamento jurídico. É preciso, sim, ter deferência constitucional e legislativa, até para que a declaração de inconstitucionalidade não se torne algo subjetivo e banalizado.¹¹³”

Ainda sobre o tema e com posicionamento que diverge do Min. Barroso, o Min. Gilmar defende que:

[...] no caso em tela, não há qualquer espaço para inovações legislativas, quiçá constitucionais. Ou seja, cabe-nos tão somente aqui definir o marco temporal de eficácia da decisão que estamos a adotar, sem alterar o substrato normativo da norma declarada inconstitucional. É isso que dispõe o art. 27 da Lei n. 9.868/1999¹¹⁴.

Deste modo, o Min. Gilmar apresentou acompanhou a proposta de modulação de marco temporal do Min. Fux, qual seja a de modulação em 05 anos, pois não seria possível do ponto de vista fático a modulação em período de tempo insuficiente a quitação dos precatórios e tampouco poderiam modular os efeitos para além do prazo de 15 anos determinado na EC n. 62, sob pena de esvaziar a declaração de inconstitucionalidade da norma.

Em síntese, ainda que divergindo em relação à quais normas deveria incidir a modulação, o Min. Fux, o Min. Barroso, o Min. Dias Toffoli e o Min. Gilmar Mendes votaram a favor da modulação de efeitos. Entretanto, o Min. Marco Aurélio votou contra a modulação de efeitos, independente de data do marco temporal a ser fixada. Se não, vejamos:

O processo, Presidente, é objetivo. Cumpre ao Supremo, tão somente, proceder ao cotejo do ato impugnado com a Constituição

¹¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.357/DF**. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOAB e Outros. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília. 06 de agosto de 2015. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=307365265&ext=.pdf>. Acesso em: 08 set. 2019.

¹¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.357/DF**. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOAB e Outros. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília. 06 de agosto de 2015. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=307365265&ext=.pdf>. Acesso em: 08 set. 2019.

Federal. O Supremo age unicamente como legislador negativo. Jamais, por melhor que seja a intenção, como legislador positivo. Todos sabem que sou contra a modulação, ressalto que a modulação implica tornar a Lei das leis, a Constituição Federal, um documento flexível. Estimula a edição de normas inconstitucionais – e esse estímulo ocorre no tocante àqueles que acreditam na morosidade da Justiça e no famoso "jeitinho" brasileiro.

O que nos autoriza implementar, a essa altura, um tratamento que não seja igualitário, presentes os jurisdicionados, e simplesmente dizer que todos aqueles que, acreditando na Justiça, a ela recorreram e questionam a constitucionalidade da Emenda Constitucional 62/09, por exemplo, da tomada da TR como fator de correção, estarão excluídos das consequências da declaração de inconstitucionalidade da Emenda nº 62?

Precisamos ser pragmáticos? Precisamos. Mas em termos, porque cabe observar, acima de tudo, um princípio caro a uma democracia, o do devido processo legal.

A modulação proposta cria, pouco importando o inconformismo já formalizado perante o Judiciário, credores diferentes, credores da Fazenda que terão créditos corrigidos segundo cláusula proclamada inconstitucional pelo Supremo e que estão litigando, estão em Juízo esperançosos quanto à atuação do Estado-Juiz. E credores outros que terão créditos corrigidos, como devem ser para que não haja a perda do poder aquisitivo, por indexador diverso – no caso, o IPCA-E.

O que estamos a fazer em última análise? Estamos a substituir o Congresso Nacional. Estamos a reescrever a Carta da República. E o que é pior: delegando ao Conselho Nacional de Justiça essa prática. Já se disse, aqui, que o Conselho Nacional de Justiça trará ao Plenário – ao Plenário reunido – não em sessão administrativa, mas em sessão jurisdicional – uma proposta normativa. Não somos legisladores!

Presidente, a autocontenção é princípio implícito na Constituição Federal. A Lei Maior revela – e revela em ordem que sinaliza alguma coisa – três Poderes tidos como harmônicos e independentes. Essa disposição encerra sistema de freios e contrapesos, encerra, acima de tudo, o controle do poder. Esse controle do poder é recíproco. Não podemos mais, à margem da Carta Federal, do que o Congresso Nacional. Relativamente à ordem em que mencionados os Poderes, tem-se: em primeiro lugar, o Legislativo, a normatizar; em segundo, o Executivo, que executa o direito posto; e, em terceiro lugar, como última trincheira da cidadania para verificar-se o merecimento do que pleiteado, presente conflito de interesse, o Judiciário. A autocontenção cumpre, como princípio implícito na Lei Fundamental, a todos os Poderes.

Quando o Supremo avança e extravasa certos limites como o guarda maior da Constituição Federal, lança um bumerangue que pode voltar à respectiva testa.[...]. A modulação hoje é a tônica, modulação que, para se imaginar – se é possível, constitucionalmente, imaginar-se a modulação –, deveria ser exceção, mas está barateada. Já ouvi, neste Plenário, proposta para modular-se, inclusive, julgamento, implementado em processo subjetivo¹¹⁵.

¹¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.357/DF**. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOAB e Outros. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília. 06 de agosto de 2015. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=307365265&ext=.pdf>. Acesso em: 08 set. 2019.

Concordamos com o Min. Marco Aurélio quando afirma que de forma alguma o Judiciário pode atuar como legislador positivo, sob pena de violar os princípios constitucionais da separação dos poderes, da democracia e do devido processo legal. E, nesse sentido de fato não se mostra razoável, com a devida vênia, a proposta do Min. Barroso ao apresentar regras de transição para a modulação.

Contudo, pedimos vênia, para discordar do seu posicionamento quanto ao instituto da modulação de efeitos. A modulação busca dar uma solução e trazer segurança jurídica para os negócios firmados com fundamento em ato normativo inconstitucional e não, trazer insegurança.

É evidente que não é possível alcançar a plenitude da segurança jurídica, principalmente em casos em que uma lei foi declarada inconstitucional, mas também não se mostra viável ignorar que em muitos casos, não é possível retornar ao status quo ante ou pior, fazer surgir “situação ainda mais distante da vontade constitucional do que a anteriormente existente”¹¹⁶.

No caso em apreço, o retorno da eficácia do art. 100 da CF é, em termos fáticos, o retorno à situação de flagrante inconstitucionalidade, pois infelizmente os estados não têm condição financeira para pagar seus precatórios à uma só vez e portanto, não haveria qualquer pagamento.

In casu, na nossa análise, vislumbramos que o presente *judicial review* não estava apenas a modular os efeitos temporais da decisão em função do excepcional interesse social, mas estava fazendo um juízo de ponderação de qual situação seria mais inconstitucional: um estado de caos e total falta de confiança no Poder Público, vez que não pagava seus credores e nem cumpria com as decisões transitadas em julgado e o pagamento dos precatórios em situação gravosa aos credores da Fazenda, mas que ainda assim receberiam conforme as condições financeiras dos Estados, Municípios e Distrito Federal.

Após os intensos debates, a questão de ordem foi julgada e modulou-se os efeitos das decisões declaratórias de inconstitucionalidade proferidas nas ADIs nº 4.357 e 4.425 para manter a vigência do regime especial de pagamento de precatórios instituído pela Emenda

¹¹⁶ MENDES, 1996 apud FERRARI, Regina. O ato jurídico perfeito e a segurança jurídica no controle de constitucionalidade. In: ROCHA, Carmem Lúcia. **Constituição e segurança jurídica**. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 209-259

Constitucional nº 62/2009 por 5 (cinco) exercícios financeiros a contar de primeiro de janeiro de 2016.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito constitucional passou por muitas mudanças após a segunda grande guerra, principalmente com o advento do chamado neoconstitucionalismo, dentre os quais, destaca-se: a reaproximação do direito constitucional com os princípios e valores, as cartas magnas passaram a assumir papel protagonista no ordenamento jurídico regulando não apenas o direito internacional, mas sobretudo a vida dos cidadãos daquela sociedade e a ascensão dos princípios ao status de norma jurídica.

Nesse sentido, cumpre lembrar que outra inovação que causou grandes mudanças no direito constitucional foi a teoria dos "*checks and balances*", idealizada por Aristóteles e mais tarde desenvolvida por filósofos como John Locke e Montesquieu. Essa teoria defendia que os três poderes, quais seja, o Executivo, Legislativo e o Judiciário fossem independentes e harmônicos entre si, mas que para tanto teriam de haver mecanismos de controle recíprocos, evitando assim a existência de um poder absoluto e a arbitrariedade.

Quanto aos mecanismos de controle, o jurista Diogo Figueiredo Moreira Neto afirma que três são as técnicas de controle, quais sejam: a partilha, a delegação e a interferência. Em relação ao controle de correção (controle de interferência) esta é a prerrogativa de controle mais agressiva na qual um Poder pode revogar ou sustar atos de outro Poder¹¹⁷.

No presente trabalho, abordamos o controle de correção como prerrogativa do Judiciário para que através de uma decisão declaratória de inconstitucionalidade haja um controle por parte do Judiciário de função precípua do Legislativo, qual seja, a de legislar.

Importante lembrar que o jurista Moreira Neto afirma que a redução dos pontos de fricção gerados por esses mecanismos de controle acabam por gerar insegurança jurídica ao ampliar a atuação de um dos poderes em detrimento dos outros e que é tarefa primordial a

¹¹⁷ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Interferências entre poderes do estado. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 26, n. 103, p. 5-26, jul/set 1989.

redução desses pontos de fricção para resguardar "à própria sustentação da ordem constitucional"¹¹⁸.

A modulação de efeitos é medida excepcional a ser adotada e com a devida observância aos requisitos dispostos no art. 27 da Lei 9.868 de 1999, cujo objetivo é trazer segurança jurídica aos atos e negócios jurídicos realizados em face de lei posteriormente declarada inconstitucional.

Com vistas a resguardar o ordenamento jurídico, surgiu o controle de constitucionalidade, baseada na teoria de anulabilidade de Kelsen e fortaleceu-se com o advento da Constituição Alemã. Essa teoria afirma que caso uma norma seja declarada inconstitucional, esta deve ser declarada nula a partir da sentença que tem natureza constitutiva ou seja, os efeitos não retroagem à data da entrada da norma no ordenamento jurídico.

O Brasil, todavia adotou modelo misto de constitucionalidade, no qual comporta tanto o modelo austríaco (teoria da anulabilidade) quanto da nulidade (modelo americano), baseado na decisão proferida no caso *Marbury vs Madison*, na qual a norma é declarada nula *ab initio* e seus efeitos retroagem à data de entrada da norma no ordenamento jurídico.

Todavia, em alguns casos excepcionais não há como declarar que os efeitos de determinada norma retroajam, pois conforme afirma Kelsen "o direito pode dar significação a fato, mas não podem impedir que eles ocorram, nem pode eliminar seu registro histórico"¹¹⁹ sob pena de incorrer na insegurança jurídica.

Cumprе destacar ainda que a segurança jurídica é pilar do próprio estado democrático de direito e a sua proteção é a proteção ordenamento jurídico e do direito em si.

Desta feita, criou-se o instituto da modulação de efeitos temporais que não busca perpetrar lei manifestamente inconstitucional, mas apenas regular as situações em que não é possível ou desejável, à luz dos princípios constitucionais, o retorno ao *status quo ante* sob pena

¹¹⁸ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Interferências entre poderes do estado. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 26, n. 103, p. 22, jul/set 1989.

¹¹⁹ KELSEN, 1950 apud FERRARI, Regina. O ato jurídico perfeito e a segurança jurídica no controle de constitucionalidade. In: ROCHA, Carmem Lúcia. **Constituição e segurança jurídica**. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 209-259.

de “surgir situação ainda mais distante da vontade constitucional do que a anteriormente existente”¹²⁰.

Por isso, é de uma importância que seja realizada uma ponderação entre os princípios que resguardam [...a norma violada e as normas constitucionais que protegem os efeitos produzidos pela lei inconstitucional]¹²¹.

A modulação, contudo não é instituto unânime entre a doutrina e inclusive, a constitucionalidade do art. 27 da Lei 9.868 de 1999 foi questionada nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade n. 2.231 e 2.258.

Por fim, defende-se a existência e a aplicação do instituto da modulação de efeitos temporais com vistas a proteção da segurança jurídica nos termos do voto do Min. Gilmar Mendes proferido na questão de ordem suscitada na ADI 4.357:

[...] a modulação de efeitos é que permite a ponte entre o passado e o futuro. Permite que nós façamos essa transição. É claro que, ortodoxamente, nós poderíamos dizer: repudiemos a modulação de efeitos e declaremos a nulidade da norma. Mas as consequências são também evidentes, nós não conseguimos com isso atravessar o rubicão, exatamente em função da necessidade de normas de organização e procedimento que nos permitam chegar a um terreno seguro¹²².

¹²⁰ MENDES, 1996 apud FERRARI, Regina. O ato jurídico perfeito e a segurança jurídica no controle de constitucionalidade. In: ROCHA, Carmem Lúcia. **Constituição e segurança jurídica**. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 209-259

¹²¹ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

¹²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.357/DF**. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOAB e Outros. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília. 06 de agosto de 2015. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=307365265&ext=.pdf>. Acesso em: 08 set. 2019.

REFERÊNCIAS

BARCELOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, p. 83-105, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2017.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Bol. Fac. Direito U. Coimbra**, Coimbra, v. 81, p. 233 - 289, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2017. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502629271>. Acesso em: 28 maio 2019.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 232, p. 141-176, 2003.

BECHARA, Gabriela Natacha; RODRIGUES, Horácio Wanderlei. Ditadura militar, atos institucionais e Poder Judiciário. **Revista Justiça do Direito**, Passo Fundo, v. 29, n. 3, p. 587-605, 2015.

BRASIL. [Constituição Federal (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 25 maio 2019

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.357/DF**. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOAB e Outros. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, 06 de agosto de 2015. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=307365265&ext=.pdf>. Acesso em: 08 set. 2019.

CARICAT, Fabiana Baptista Silva; GIUBLIN, Priscila; TORRES, Rafael Lima. A separação dos poderes e a liberdade jurisdicional. **Percursos**, v. 3, n. 26, p. 337-358, 2018.

CARVALHO, Ivan Lira de. A interpretação da norma jurídica (constitucional e infraconstitucional). **Portal da Justiça Federal do Rio Grande do Norte**, 1991.

DISCURSO proferido em 25.05.2009 na embaixada da república federal da Alemanha por ocasião dos 60 anos da lei fundamental de Bonn. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaArtigoDiscurso/anexo/discAlemanha.pdf>. Acesso em: 17 mar.2019.

DECLARAÇÃO de Direitos do Homem e do Cidadão. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>. Acesso em: 25 mai. 2019.

FERRARI, Regina. O ato jurídico perfeito e a segurança jurídica no controle de constitucionalidade. In: ROCHA, Carmem Lúcia. **Constituição e segurança jurídica**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2004. p. 209-259.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003.

FONAPREC avalia sugestões para atualização das normas de precatórios. Conselho Nacional de Justiça, Brasília, 03 mai. 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/88826-fonapre-coe-analisar-sugestoes-para-a-atualizacao-das-normas-de-precatorios>. Acesso em: 11 set. 2019.

FREITAS, Roberto; LIMA, Thalita Moraes. Metodologia de análise de decisões. **Universitas Jus**, v. 2, 2011. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/jus/article/view/1206/1149>. Acesso em: 06 set. 2019.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. A essência do direito. O conceito de Direito. In: MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **A essência do direito**. São Paulo: Rideel. 2006. p. 17-19.

MEDEIROS, Orione Dantas de. **O controle de constitucionalidade na Constituição brasileira de 1988: do modelo híbrido à tentativa de alteração para um sistema misto complexo**. id/502969, 2015. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/502943/000991834.pdf?sequen>. Acesso em: 15 set. 2019.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553610945/cfi/1173!/4/4@0.00:17.9>. Acesso em: 22 jul. 2019.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MICHAELIS. **Dicionário brasileiro da língua portuguesa**. Disponível em: <http://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/sistema/>. Acesso em: 17 ago. 2019.

PEIXINHO, Manoel Messias. O princípio da separação dos poderes, a judicialização da política e direitos fundamentais. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, n. 4, p. 13-44, 2008.

PINHO, Rodrigo César Rebello. Teoria geral da constituição e direitos fundamentais. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. Disponível em: <http://197.249.65.74:8080/biblioteca/bitstream/123456789/951/1/Teoria%20Geral%20da%20Constituicao%20e%20-%20Rodrigo%20Cesar%20Rebello%20Pinho.pdf>. Acesso em: 17 mar. 2019.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

RIBEIRO, Diego Diniz. A modulação de efeitos no controle de constitucionalidade em matéria tributária e jurisprudência do STF. **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo, n. 178/25.

ROHLING, Marcos. A crítica de Hart à tradição clássica do Direito Natural. **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v. 6, n. 2, p. 80-112, 2015.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. **Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea**, Rio de Janeiro, Lumen Juris, p. 113-146, 2009.

VAINER, Bruno Zilberman. Breve histórico acerca das constituições do Brasil e do controle de constitucionalidade brasileiro. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, São Paulo, v. 16, n. 1, p. 161-191, 2010.

ZAVASCKI, Teori Albino. Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional. **Revista dos Tribunais**. 2001. Disponível em: <https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/2521/000275909.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 06 set. 2019.